

LA UTILIDAD DEL DINERO OBTENIDA POR EL PROFESIONAL A RAÍZ DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA Y SU RESTITUCIÓN POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

Josep Maria Bech Serrat
Profesor Titular de Derecho Civil
Universitat de Girona

TITLE: *The utility of the money obtained by the trader because of an unfair term and its restitution for unjustified enrichment.*

RESUMEN: En derecho español los efectos restitutorios de una cláusula abusiva se han venido fundamentando en las reglas de la nulidad contractual o el cobro de lo indebido. De ahí que cuando el consumidor abonó una cantidad de dinero, la restitución se limita a la cuantía pagada por exceso y, en su caso, el interés legal (arts. 1303 y 1896 I CC). Recientemente, la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, modificó el apartado 1 del art. 19 TRLGDCU estableciendo unas novedades muy relevantes en cuanto al alcance de la restitución. Prescribe que en los procedimientos en que se ejerciten acciones promovidas por consumidores, cuando el empresario no contribuya a una solución consensuada de una controversia que tenga su base en una cláusula de idéntica significación que otra ya declarada nula por abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por sentencia firme que constara inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo específicamente sobre la materia, el órgano judicial que condene a la restitución de cantidades al empresario impondrá de oficio una indemnización por mora que consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; y la misma regulación añade que transcurridos dos años desde la condena a la restitución de cantidades, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100. Además, la nueva versión del apartado 1 del art. 19 TRLGDCU resultante de la Ley orgánica 1/2025 dispone que en la determinación de la indemnización por mora del empresario no será de aplicación lo dispuesto en el art. 1108 CC sobre intereses moratorios, ni lo preceptuado en el art. 576 LEC en materia de intereses procesales. Tradicionalmente se excluyó de la restitución el lucro, utilidad o beneficio que la persona obligada a restituir obtuvo con el dinero y la nueva regulación no parece seguir otro derrotero. Sin embargo, en el asunto Bank M. el demandante reclamó la restitución de la ganancia obtenida por una entidad bancaria por la utilización de la suma de 7.769,06 euros polacos durante más de nueve años y que habían sido abonados en el marco de un contrato de préstamo declarado nulo en su totalidad por contener una cláusula multivisa abusiva. El Tribunal de Luxemburgo simplemente autorizó al consumidor a reclamar la restitución por este concepto basándose en una acción de enriquecimiento injustificado y en los términos previstos en su ordenamiento estatal. Este trabajo analiza la posibilidad de que el enriquecimiento injustificado encuentre su sitio en el derecho español y esta figura permita dar respuesta a ese tipo de reclamaciones tomando en consideración sus presupuestos y las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en materia de cláusulas abusivas.

ABSTRACT: *In Spanish law, the restitutionary effects of an unfair contract term have been based on the rules of contractual nullity or undue payments. Hence, when an amount of money is paid by the consumer the restitution is limited to the amount paid in excess and, where appropriate, the legal interest (arts. 1303 and 1896 I CC). Recently, Organic Law 1/2025, of January 2, on measures regarding the efficiency of the Public Justice Service, modified section 1 of art. 19 TRLGDCU establishing some very relevant developments regarding the scope of restitution. It provides that in procedures in which actions promoted by consumers are exercised, when the trader does not contribute to a consensual solution to a dispute that is based on a clause of identical significance to another already declared null and void as abusive by*

the jurisprudence of the Supreme Court, or by final ruling that is registered in the Registry of General Contracting Conditions, or by ruling of the Court of Justice of the European Union ruling specifically on the matter, the body court that condemns the restitution of amounts to the trader will automatically impose compensation for late payment that will consist of the payment of an annual interest equal to the legal interest of the money in force at the time it is accrued, increased by 50 percent; and the same regulation provides that after two years from the sentence to the restitution of amounts, the annual interest may not be less than 20 percent. Furthermore, according to the new version of section 1 of art. 19 TRLGDCU resulting from Organic Law 1/2025, the provisions of art. 1108 CC on contractual interests and art. 576 LEC on procedural interests will not be applicable when determining compensation for late payment by the trader. Traditionally, the profit, utility or benefit that was obtained with the money by the trader was excluded from restitution and the new regulation does not seem to follow another path. Nevertheless, in the Bank M. case the plaintiff claimed restitution of the profit obtained by a banking entity from the use of the sum of 7,769.06 Polish zlotys over more than nine years and which had been paid within the framework of a declared loan agreement void in its entirety because it contained an unfair multi-currency clause. The Luxembourg Court simply authorized the consumer to claim restitution for this concept based on an action of unjustified enrichment and in the terms as provided for in its state legislation. This work analyses the possibility that the unjustified enrichment finds its place in Spanish law and this legal institution allows for a response to this type of claims, taking into consideration its requirements and the rulings of the Luxembourg Court on unfair clauses.

PALABRAS CLAVE: cláusulas abusivas, restitución, nulidad del contrato, cobro de lo indebido, enriquecimiento injustificado

KEY WORDS: *unfair contract terms, restitution, nullity of contract, undue payment, unjustified enrichment.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA RESTITUCIÓN DEL DINERO Y EL INTERÉS DEVENGADO A FAVOR DEL CONSUMIDOR: ESTADO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 19.1 TRLGDCU. 2.1. *La nulidad de pleno derecho y con ineficacia ex tunc de la cláusula abusiva: el art. 83 TRLGDCU en conexión con el art. 1303 CC.* 2.2. *El cobro indebido de cantidades de dinero en base a una cláusula abusiva: una restitución del interés legal en caso de mala fe.* 3. UNA RESTITUCIÓN DE LA UTILIDAD DEL DINERO POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL PROFESIONAL. 3.1. *La admisión de una restitución de la utilidad del dinero en el derecho español.* 3.1.1. *Las dificultades de la acción de enriquecimiento para encontrar su sitio en el ordenamiento jurídico español: una propuesta de autonomía.* 3.1.2. *Propuesta: el abono de una cantidad de dinero en el marco de una cláusula abusiva como supuesto de conditio de prestación.* 3.2. *El asunto Bank M.: ¿Un punto de inflexión?* 3.3. *Supuestos, alcance y valoración de la utilidad obtenida del capital.* 3.4. *Concurrencia entre el reembolso de las utilidades del capital y un derecho a reclamar el interés devengado con arreglo al nuevo art. 19.1 TRLGDCU.* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El control de abusividad de las cláusulas exige a los órganos judiciales nacionales verificar si se ha producido una infracción del Derecho de la Unión Europea y sacar todas las consecuencias de la vulneración.

El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante,

Directiva 93/13)¹ establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor», sin atribuir ningún derecho sustantivo a la persona consumidora. El Tribunal de Luxemburgo expresó que los efectos de la abusividad están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y trazó unos parámetros a los que las legislaciones y jurisprudencias nacionales deben ajustarse, conformando un marco de protección de los consumidores. Subrayó que la declaración del carácter abusivo de una cláusula de un contrato debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula². Según el mismo tribunal, este restablecimiento debería tener lugar, en su caso, «mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva»³. Además, añadió que la ausencia del efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio mediante el cual la Directiva 93/13 pretende garantizar que los profesionales no utilicen cláusulas contractuales abusivas (art. 6.1 en relación con el art. 7.1)⁴.

La Directiva 93/13 no regula expresamente las consecuencias que conlleva el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas. Corresponde a los Estados miembros garantizar una protección judicial efectiva de los consumidores (art. 47 de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante CDFUE)⁵ y precisar las condiciones con arreglo a las cuales se materializan los efectos jurídicos de una declaración de abusividad de la cláusula en virtud del principio de autonomía institucional y procedimental⁶. El derecho de restituciones carece de una armonización europea y a cada país le incumbe determinar el alcance de la restitución y su fundamento legal. Ahora bien, las medidas civiles adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales

¹ DOCE nº 95, de 21 de abril de 1993.

² STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 Gutiérrez Naranjo, ECLI:EU:C:2016:980, apartado 61; más recientemente, STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartado 57.

³ STJUE (Sala 2ª) de 31 de mayo de 2018, C-483/16 Sziber, ECLI:EU:C:2018:367, apartado 34; STJUE (Sala 6ª) de 31 de marzo de 2022, C-472/20 Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt, ECLI:EU:C:2022:242, apartado 55; STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartado 65.

⁴ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 Gutiérrez Naranjo, ECLI:EU:C:2016:980, apartado 63; más recientemente, STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartado 58. CÁMARA LAPUENTE, S., «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2017), nº 1, 1-32, p. 8.

⁵ DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000.

⁶ Apartado 64 de la STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478.

deben ser acordes con los principios de efectividad del Derecho de la Unión Europea y proporcionalidad y tener un carácter disuasorio, por lo que están siendo objeto de una importante transformación a partir de los casos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷. Las soluciones normativas que se establezcan deben ser compatibles con el Derecho de la Unión y, en particular, con los objetivos perseguidos por la citada directiva⁸.

La presente investigación examina la posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico español para restituir al consumidor la utilidad del dinero obtenida por el profesional a partir de una cláusula abusiva, empleando como fundamento la figura del enriquecimiento injustificado. Esta situación se dará singularmente en préstamos bancarios por lo que se refiere a cláusulas en cuya virtud la prestamista obtiene una ventaja dineraria del consumidor prestatario, como una cláusula suelo, una cláusula multivisa, entre otras; o el prestamista se ahorra abonar una cantidad de dinero a terceros, como ocurre con la llamada cláusula de gastos hipotecarios. También podrá producirse en otros sectores de la economía⁹.

Como expone el apartado 2 de este trabajo, hasta el momento la doctrina científica y los órganos judiciales españoles han centrado la atención en las reglas sobre la nulidad contractual y el cobro de lo indebido. Empleando estos remedios como fundamentos legales de los efectos restitutorios de una cláusula abusiva, el profesional debe restituir la cuantía de dinero que el consumidor abonó por exceso y, como mucho, el interés legal. Así lo establecen el art. 1303 del Código civil español (en adelante, CC), en todos los supuestos de nulidad contractual, y el primer párrafo del art. 1896 CC cuando nos encontramos ante un *accipiens* de mala fe que recibe una cantidad de dinero, como situación asimilada a la mora del art. 1108 CC¹⁰. Solamente la STS de Pleno 44/2019 de 23 de enero, llegó a apuntar, con respecto a una cláusula de gastos hipotecarios

⁷ En los últimos diez años el Tribunal de Luxemburgo ha subrayado continuamente la necesidad de que los tribunales civiles apliquen medidas que garanticen el cumplimiento del art. 6.1 Directiva 93/13 y desalienten a la empresa infractora de desobedecer la ley. PAVILLON, C., «Effective Judicial Protection, Private Enforcement and the Reshaping of Substantive Remedies», en Micklitz, H.W. y Twigg-Flesner, C. (Eds.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Hart, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2023, 66-80, pp. 66, 75-77 y 80.

⁸ STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al. ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartado 64.

⁹ Por ejemplo, la STS 118/2012 (Sección 1ª) de 13 marzo, ECLI:ES:TS:2012:2543, alude a una cláusula abusiva integrante de un contrato para el acceso a canales y servicios digitales y que imponía al consumidor la obligación de arrendar un aparato descodificador (en adelante, «Canal Satélite Digital»).

¹⁰ CARRASCO PERERA, A. F., «Restitución de provechos (II)», *Anuario de Derecho Civil*, T. XLI (1988), fasc. 1, 5-151, pp. 69-84.

declarada abusiva, que «nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto», aunque aplicó las reglas del cobro de lo indebido¹¹.

En consecuencia, el profesional que emplea una cláusula abusiva podrá obtener una utilidad o un beneficio del capital recibido muy superior al interés devengado, particularmente si lleva a cabo una inversión rentable o se ahorra unos intereses derivados de una financiación de su actividad; y esta utilidad no se considera restituible.

Lógicamente una reclamación sobre la utilidad del dinero obtenida por el profesional causará al acreedor dificultades mucho mayores que si la misma se ciñe al interés legal. Dado que el dinero tiende a perder más o menos rápidamente su identificación para siempre en el patrimonio de su poseedor, por lo general resulta imposible reconstruir desde el principio en detalle, después de años, el uso que tuvo una determinada cantidad de dinero en manos de la empresa que lo recibió en virtud de una cláusula abusiva. No obstante, el dinero es un objeto que puede llegar a ser extremadamente provechoso y los problemas de identificación y probatorios asociados a su uso no deberían llevar a excluir de la restitución a que tiene derecho el consumidor algunas ventajas fundamentales obtenidas por el profesional¹².

Los parámetros fijados hasta la fecha por el Tribunal de Luxemburgo en absoluto excluyen una restitución de la utilidad del dinero obtenido por el profesional a partir de una cláusula abusiva, basada en un enriquecimiento injustificado del profesional. De hecho, el enriquecimiento injustificado fue reconocido como principio general del Derecho de la Unión Europea a partir de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros¹³ y, recientemente, el TJUE en el caso *Bank M* admitió la posibilidad de los Estados miembros de establecer las consecuencias restitutorias de las cláusulas abusivas en base a esta figura¹⁴. Ante una reclamación de restitución de una cantidad de dinero por la utilización de fondos tras ser declarada abusiva una cláusula de conversión de moneda extranjera a moneda nacional contenida en el contrato y la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en su totalidad, el Tribunal de Luxemburgo declaró lo siguiente:

¹¹ STS 44/2019 (Pleno) de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2019:102, FJ 7º, punto 7.

¹² En general, BÜTTNER, H., «Der Anspruch auf Herausgabe von Kapitalnutzungen», *Der Betriebs-Berater*, (1970), nº 6, 233-237, p. 234, aunque referido al deudor de un enriquecimiento injustificado y sin relación con el control de abusividad de las cláusulas.

¹³ STJUE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008 C-47/07 Masdar, ECLI:EU:C:2008:726, apartado 55.

¹⁴ CORLETTO, F., «Towards a Protective Conductio? The Bank M Case in the Prism of Restitutory Remedies: A Reconstructive Proposal», *European Review of Contract Law*, vol 20 (2024), nº 2, 155-187, pp. 181-184.

«[...] los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que: - no se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad»¹⁵.

El apartado 3 de este trabajo se refiere al encaje de la institución del enriquecimiento injustificado en el ámbito de las cláusulas abusivas y a su alcance restitutorio. Alude a las dificultades que tiene la acción de enriquecimiento injustificado para encontrar su sitio en el ordenamiento jurídico español y que alejaron la figura del tratamiento de las cláusulas abusivas. Explora la posibilidad de reconocer una amplia operatividad a esta acción civil una vez admitida su autonomía, como fundamento para restituir el valor de uso del dinero que recibió el profesional, al producirse un enriquecimiento fáctico. Hace alusión a la posibilidad de aplicar las reglas sobre facilidad probatoria del apartado 7 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁶ (en adelante, LEC) sobre la base de la experiencia de vida del destino que un profesional puede dar a una cantidad de dinero. Analiza también cómo concurre la restitución de la utilidad del dinero estudiada y el derecho del consumidor a reclamar intereses moratorios (art. 1108 CC) y procesales (art. 576 LEC). El examen se realiza teniendo en cuenta que en el ámbito estudiado las reglas restitutorias de un enriquecimiento siempre deben ser compatibles con el art. 6.1 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y los objetivos perseguidos por esta norma de la Unión Europea y acordes con los principios de efectividad y proporcionalidad, ser disuasorias y garantizar una protección judicial efectiva de los consumidores (art. 47 CDFUE), aspectos todos ellos que corresponde salvaguardar al TJUE¹⁷.

El apartado 4 contiene unas breves conclusiones.

¹⁵ STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartado 85. Véanse también los apartados 68 y 69. En la misma línea, STJUE (Sala 6ª) de 31 de marzo de 2022, C-472/20 Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt, ECLI:EU:C:2022:242, apartado 58, con respecto a otra cláusula multdivisa, aunque en ese caso la restitución de la utilidad del dinero resulta menos explícita.

¹⁶ BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

¹⁷ STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al. ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartados 52 y 64.

2. UNA RESTITUCIÓN DEL DINERO Y EL INTERÉS DEVENGADO A FAVOR DEL CONSUMIDOR: ESTADO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 19.1 TRLGDCU

2.1. *La nulidad de pleno derecho y con ineficacia ex tunc de la cláusula abusiva: el art. 83 TRLGDCU en conexión con el art. 1303 CC*

Tradicionalmente, la nulidad de una cláusula abusiva que se declara por sentencia se basa en el art. 6.3 CC, en cuya virtud «[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de su contravención». La nulidad afecta a toda clase de actos y la regulación contenida en los arts. 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)¹⁸ es juzgada como una manifestación de esa nulidad para el caso de condiciones generales de la contratación contrarias a normas imperativas¹⁹. Una cláusula declarada abusiva por el control de contenido (arts. 82 y 85-91 TRLGDCU) habitualmente es considerada nula de pleno derecho con ineficacia *ex tunc*, al amparo de lo prescrito en el art. 83 TRLGDCU en conexión con el art. 1303 CC²⁰. Una tal nulidad será apreciable de oficio por los tribunales y, según opinión que fue prevalente en los últimos años, su consecuencia será la carencia de efectos *ab initio* de la cláusula abusiva. La única particularidad de la nulidad de las cláusulas abusivas en contraste con el art. 6.3 CC, según se afirma, es que se produce con el fin de proteger al consumidor y que no puede imponerse a ese sujeto en contra de su voluntad²¹.

Como es sabido, el art. 1303 CC contempla un régimen restitutorio en sede de nulidad de los contratos que, además de ser aplicado a cualquier tipo de ineficacia contractual, se ha venido considerando mayoritariamente que constituye la regulación de las consecuencias de toda nulidad, incluida la de las cláusulas abusivas²². De ese modo, consecuencia de la nulidad de las cláusulas abusivas es una restitución recíproca de las prestaciones y, cuando tiene por objeto una cantidad dineraria, de los intereses, de acuerdo con el precepto legal.

¹⁸ BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007.

¹⁹ CAÑIZARES LASO, A., «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. III (2016), nº 4, 103-123, p. 109.

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., 2017, p. 5.

²¹ Con relación al art. 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998), CAÑIZARES LASO, A., 2016, p. 110.

²² *Ibidem*. Sobre la cláusula de gastos hipotecarios, CASTILLO MARTÍNEZ, C., 2017, p. 198; también, ZUMAQUERO GIL, L., «La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Civil*, vol. V (2018), nº 2, 149-191, pp. 180-181 y 186.

La nulidad de pleno derecho establecida tanto en el art. 83 TRLGDCU como en el art. 1303 CC supone una ineficacia *ex tunc* y comporta que «los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses»²³.

Existe una tendencia de los tribunales españoles a aplicar este planteamiento, a pronunciarse favorablemente acerca de los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas abusivas. Incluso la controvertida STS de Pleno 241/2013, de 9 de mayo²⁴, antes de limitar la retroactividad de los efectos restitutorios tras declarar abusiva una cláusula suelo en base a razones de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves, expresó:

«[...] como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 CC [...]»²⁵.

Se trata, según el Alto Tribunal,

«[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente»²⁶.

La restitución por nulidad contractual del art. 1303 CC ha ejercido una gran atracción entre una doctrina científica española que sostiene que el Código civil confiere a la acción de nulidad del contrato la función de control de los desplazamientos patrimoniales operados en su cumplimiento; de modo que, de ser declarado nulo o anularse el contrato, procede la restitución de lo prestado como efecto anudado *ex lege* a la acción. Conforme a esta opinión, el texto legal separaría la *condictio* de prestación (la *Leistungskondiktio* alemana) de la *condictio indebiti* para regular la primera con detalle en sede contractual y dotarla de un marcado carácter bilateral y

²³ CÁMARA LAPUENTE, S., 2017, pp. 4-5.

²⁴ STS 241/2013 (Pleno) de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2013:1916.

²⁵ Apartado 283,

²⁶ Apartado 284, con cita de la STS 118/2012 (Sección 1ª) de 13 marzo, ECLI:ES:TS:2012:2543, FJ 9º.

objetivo (arts. 1303 a 1314 CC)²⁷. Estando ambos contratantes recíprocamente obligados a restituir, se afirmará, es lógico que se liquide el intercambio sin matizar su alcance según la buena o mala fe del poseedor –como sí distingue la *condictio indebiti*, que regula atribuciones unilaterales realizadas por error²⁸.

Cuando las consecuencias de la abusividad de las cláusulas se establecen a partir de una aplicación del art. 1303 CC la restitución parte del mismo contrato. Entonces el objetivo consiste en colocar al consumidor en el estado jurídico existente antes de contratar (*statu quo ante*) a partir del principio de reciprocidad. Nos encontraremos ante una restitución neutra, en el sentido de que el resultado no vendrá determinado por el grado de responsabilidad de los contratantes en el fracaso del contrato, a pesar de que el origen de la restitución sea un ilícito civil cometido por el profesional, el empleo de una cláusula abusiva. En el alcance de restitución no tendrá juego la buena o mala fe de las partes, puesto que solamente la reciprocidad y lo ocurrido en el marco contrato celebrado informarán la restitución²⁹.

El TJUE admitió que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros establezcan unos efectos retroactivos a unas cláusulas declaradas nulas por abusivas con el fin de dar cumplimiento al art. 6.1 de la Directiva 93/13. Al atribuir un significado a la locución «no vincularán [las cláusulas abusivas] al consumidor» el Tribunal de Luxemburgo declaró que la remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales no autoriza a rebajar una protección mínima que debe restablecer plenamente la situación de hecho y de derecho de no haber existido la cláusula³⁰. Debe considerarse que la cláusula declarada abusiva nunca ha existido, «de manera que no podrá tener efectos para el consumidor»³¹. Conforme a esta interpretación, los efectos de la abusividad sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la directiva y de ahí que la decisión judicial por

²⁷ Por todos, SOLER PRESAS, A., «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXI (2018), fasc. IV, 1227-1276, p. 1229, a favor de la decisión legislativa porque ofrece una solución unitaria a los problemas derivados de la liquidación del contrato.

²⁸ *Ibidem*, p. 1230. Se trata de una opinión mayoritaria que no distingue entre cobro de lo indebido y acción de enriquecimiento injustificado y que, en el marco de la regulación de aquella figura (arts. 1897 a 1901 CC), critica que pueda producirse una «exoneración por desenriquecimiento del *accipiens*» – invocando el art. 1897 CC—, desde una perspectiva que no abandona el carácter bilateral del remedio de la restitución de prestaciones de los arts. 1303 a 1314 CC.

²⁹ Sobre la restitución contractual, RUIZ ARRANZ, A.I., *La estructura de la restitución contractual*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 47-48.

³⁰ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 Gutiérrez Naranjo, ECLI:EU:C:2016:980, apartados 47-51 y 64-66, respectivamente.

³¹ *Ibidem*, apartado 61.

la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)³².

La doctrina científica predominante afirmó:

«La nulidad (española) de pleno derecho con ineficacia *ex tunc* establecida en el art. 1303 CC es [...] como mínimo, la categoría de ineficacia contractual (europea) que encaja mejor en la noción abierta de “no vincularán” de la Directiva y los Estados miembros no pueden rebajar ese mínimo protector»³³.

La solución de la nulidad y de la ineficacia *ex tunc* del art. 1303 CC fue vista como adecuada para el problema planteado por las cláusulas suelo y los pagos indebidos a la vista del asunto *Gutiérrez-Naranjo*³⁴. Ordenar al profesional una restitución de las cantidades abonadas en exceso por una cláusula suelo declarada abusiva con arreglo al art. 1303 CC, con efectos retroactivos desde la fecha de celebración del contrato (*ex tunc*), puede ser un modo efectivo y proporcionado de dar cumplimiento al art. 6.1 de la Directiva 93/13, de disuadir a los profesionales del empleo de la cláusula en cuestión y de garantizar una protección judicial efectiva de los consumidores (art. 47 CDFUE). El resultado del remedio restitutorio basado en el art. 1303 CC tras declarar abusiva una cláusula en los términos que viene llevándose a cabo, en ningún caso será conseguir la equivalencia de las prestaciones del consumidor y del profesional, sino de garantizar que la declaración del carácter abusivo de la cláusula de un contrato no tenga solamente una significación simbólica y que el consumidor no siga soportando los efectos resultantes de haberse incluido en el contrato una cláusula que configura los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los intereses del consumidor. Una aplicación de la llamada «restitución contractual» no solamente tendrá este resultado, puesto que además ofrecerá una protección mínima al consumidor al restablecer la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula³⁵.

³² Con anterioridad, véase el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13, de 27 de abril de 2000, COM(2000) 248 final, 1-65, p. 20. El apartado 285 de la STS 241/2013 (Pleno) de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2013:1916, se hace eco de este informe.

³³ CÁMARA LAPUENTE, S., 2017, pp. 6-7, quien señala que el legislador de la UE conscientemente eligió la expresión «no vincularán» refiriéndose a las cláusulas abusivas por su amplitud, habida cuenta de la falta de armonización europea de las categorías de la ineficacia contractual y de la diversidad de soluciones nacionales.

³⁴ *Ibidem*, p. 8.

³⁵ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 *Gutiérrez Naranjo*, ECLI:EU:C:2016:980, apartado 61; más recientemente, STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 *Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al.*, ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartado 57.

En definitiva, la regla de la *restitutio in integrum* del art. 1303 CC, con restitución de las cantidades de dinero abonadas por exceso por parte del consumidor y los intereses, se estimó acorde con esta interpretación. Se trata de liquidar el exceso que, sobre las cosas intercambiadas, hayan podido percibir las partes y la restitución incluirá tres partidas: la principal —el objeto de la prestación o su valor—, la utilidad de uso intercambiada y el mayor valor resultante de una mejora del bien que se recupera³⁶.

En el caso de una cláusula abusiva en que se deba restituir una cantidad de dinero abonada por exceso por parte del consumidor, no se actualizará el valor de la deuda de dinero. El criterio del valor que tiene la cosa al tiempo de la pérdida (art. 1307 CC) no será aplicable por tratarse de una cosa genérica (*genus numquam perit*). De ese modo, las oscilaciones de valor de la cantidad de dinero abonada por el consumidor en base a una cláusula abusiva no serán asignadas legalmente a ninguno de los contratantes. Ahora bien, la aplicación de las reglas sobre nulidad de los contratos (arts. 1303 a 1314 CC) a la declaración de abusividad de cláusulas conllevará que la obligación de devolución de lo percibido por el profesional se extienda al exceso de utilidad obtenida con el intercambio; y, singularmente, este sujeto hasta la actualidad se ha visto obligado a abonar el interés legal devengado por esa cantidad de dinero recibida desde la fecha de su abono, como utilidad derivada de la prestación.

Como es conocido, a partir de la Ley 24/1984, de 29 de junio³⁷, el interés legal del dinero en el caso español viene fijado anualmente en las leyes de presupuestos del Estado. En la actualidad rige un interés legal del 3,25 por 100 para el año 2025.

El art. 1303 CC se refiere parcamente a una restitución del «precio con los intereses». Aunque el interés legal es un parámetro para medir la productividad del dinero más propio de una pretensión de indemnización de daños y perjuicios (art. 1108 CC) o de una posesión de mala fe (art. 1897 CC), e incluso alguna opinión se mostró partidaria de emplear un tipo de interés que mida el coste de oportunidad del capital sin actualizar el precio³⁸, la doctrina científica consideró que el abono del interés legal parece ser el criterio más práctico de valoración objetiva y abstracta del uso del dinero. No se valora el uso concreto del dinero: deben abonarse los intereses devengados

³⁶ Con detalle, SOLER PRESAS, A., 2018, pp. 1235-1268.

³⁷ Párrafo 1 del art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero (BOE nº 158, de 3 de julio de 1984; rectificación en BOE nº 159, de 4 de julio de 1984).

³⁸ Sobre el interés legal del dinero como medida indemnizatoria en caso de incumplimiento contractual (art. 1108 CC), SOLER PRESAS, A., 2018, pp. 1252 y 1257-1264, se refirió a la necesidad de abonar el denominado «interés real del dinero», consistente en deducir del interés legal el porcentaje correspondiente a la inflación concurrente en el período relevante.

desde la entrega de la cantidad de dinero en abstracto, independientemente de si el sujeto que la recibió utilizó el capital.

Una restitución del «precio con los intereses» a que alude el art. 1303 CC entronca con el trato que las reglas de una liquidación posesoria dispensan al dinero en lo tocante a la restitución de provechos. Conforme a estas reglas, lo adquirido con dinero restituible no es restituible. En caso de entrega de dinero el riesgo siempre queda fijado en la persona del restituyente (*v.gr.* el restituyente siempre puede restituir el *tantundem*) y entonces también queda fijado el objeto de la restitución, de modo que queda excluida la restitución de todos los subrogados y lucros obtenidos³⁹. Además, desde una perspectiva dogmática se distingue entre el lucro del dinero y los intereses como fruto del dinero y, en consecuencia, se considera que aquel lucro no puede ser restituido como fruto por vía del art. 455 CC⁴⁰. Así, en el ordenamiento jurídico español se impone un modelo en que la restitución de la utilidad obtenida del dinero recibido queda limitada a un porcentaje en concepto de interés devengado.

Tradicionalmente, el interés legal a que se refiere el art. 1303 CC ha venido concurriendo con el derecho del consumidor a reclamar el pago de intereses de la mora procesal por aplicación del art. 576 LEC. Como es conocido, estos últimos intereses se calculan tomando en consideración el interés legal incrementado en dos puntos, se aplican a la cantidad líquida a cuyo pago condena la sentencia dictada en primera instancia (*v.gr.* cantidad principal reclamada más intereses) y devengan desde la fecha de esta resolución judicial hasta el momento de cálculo en fase de ejecución de sentencia.

El actual esquema de una «restitución recíproca de prestaciones» en los términos formulados actualmente en el art. 1303 CC no está exento de controversia. La necesidad de formular una pretensión de restitución junto con el ejercicio de la acción de nulidad suscitó un gran debate en el derecho español y alcanzó el ámbito de las

³⁹ Por ejemplo, art. 482 CC. Sobre el criterio de la transmisión del riesgo para excluir la restitución del lucro obtenido con su negociación o su uso, CARRASCO PERERA, A., 1988, pp. 70-73.

⁴⁰ La insuficiencia reguladora de los arts. 1303 a 1314 CC llevó a una parte de la doctrina científica a propugnar la aplicación de las normas liquidadoras del estado posesorio en cuanto a frutos, gastos y mejoras (arts. 451 a 458 CC), en línea con la remisión del art. 1898 CC en sede de cobro de lo indebido, tomando en consideración la buena o mala fe del contratante poseedor (DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Art. 1303», en *Comentarios del Código Civil*, Paz-Ares, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R. y Salvador, P. (Dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T. II, 550-553, p. 553; o CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 4ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024, p. 847; en contra de ese criterio, SOLER PRESAS, A., 2018, pp. 1231-1232) y, en este contexto, se excluirá la posibilidad de aplicar las normas de liquidación posesoria al lucro obtenido por el deudor de una cantidad de dinero. CARRASCO PERERA, A., 1988, pp. 73 y 83.

cláusulas abusivas⁴¹; y se apuntó también que una nulidad absoluta de la cláusula abusiva podrá no ser la solución más idónea en contratos donde el consumidor ha podido obtener un claro beneficio durante la vigencia del contrato y cuando la ineficacia se propaga *ex nunc*⁴².

De hecho, una restitución limitada al «precio con los intereses» incluso podría abandonarse si en un futuro prosperara la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos que elaboró en 2023 la Sección Primera de la Comisión General de Codificación⁴³, tras recibir el encargo del Ministerio de Justicia de revisar la propuesta de 2009. El capítulo VII del documento, dedicado a la nulidad y la anulabilidad de los contratos, contiene un art. 1302 regulador de la restitución, cuyo apartado 1 prevé que «declarado nulo o anulado el contrato, la restitución de las prestaciones se regirá por lo establecido en los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 1185». El proyectado art. 1185 fue propuesto para regular la restitución en caso de resolución contractual. En el capítulo VI sobre el incumplimiento el apartado 1 de la norma establece que «[r]esuelto el contrato, las partes deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas», y añade a continuación que «[s]e considerará rendimiento la ventaja obtenida por la utilización de la cosa». Según el apartado 4 de la misma norma proyectada, «[e]l que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución» y «[l]os demás

⁴¹ Contrástese CAÑIZARES LASO, A., 2016, p. 111 con FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 148-151; o CARRASCO PERERA, A., 2024, p. 838. RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, p. 117, razonará, a mi juicio acertadamente, que la regla restitutoria prevista para la nulidad (art. 1303 CC) no se entiende sin el sistema español traslativo de la propiedad –basado en un negocio real (*traditio*) vinculado a una *iusta causa* (título)— donde la sola anulación no tiene efectos reales inmediatos, siendo necesaria la restitución para la readquisición efectiva de la propiedad por el transmitente; y, añade, no con menos tino, que para esta readquisición el Código reconoce una relación obligatoria restitutoria que parte del contrato anulado y su reparto sinalagmático de riesgos; no de la ley. Por su lado, la jurisprudencia afirmó que no es incongruente la sentencia que anuda de oficio a la declaración de ineficacia contractual las consecuencias restitutorias. Por ejemplo, STS 716/2016 (Sección 1ª) de 30 de noviembre, ECLI:ES:TS:2016:5288, FJ 3º, punto 2. También, ATS (Pleno) de 22 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:10157ª, FJ 4º, punto 6.

⁴² CÁMARA LAPUENTE, S., 2017, pp. 10-11; también ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *Almacén de Derecho*, 21 de diciembre de 2016. Disponible en <https://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo> [Consulta: 24 julio 2024]. Esta doctrina ejemplificó la problemática con la STS 118/2012 (Sección 1ª) de 13 marzo, ECLI:ES:TS:2012:2543, FJ 9º, antes mencionada, relativa a una cláusula abusiva integrante de un contrato para el acceso a canales y servicios digitales y que impuso al consumidor la obligación de arrendar un aparato descodificador («Canal Satélite Digital»)

⁴³<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>, 1-148, pp. 82 y 133-134 [Consulta: 21 junio 2025].

gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquel a quien se restituye». Aunque no queda claro si la propuesta alude al enriquecimiento como medida de la extensión restitutoria o bien como acción civil autónoma, está claro que contempla un modelo más completo de restitución de provechos y que no se limita a los intereses devengados por el dinero.

Llegados a este punto, veamos a continuación cuál es el tratamiento que recibe una restitución de la utilidad del dinero obtenida por el profesional cuando la restitución se basa en el cobro de lo indebido.

2.2. El cobro indebido de cantidades de dinero en base a una cláusula abusiva: una restitución del interés legal en caso de mala fe

Como es conocido, ante la falta de previsión normativa de cuál es el alcance restitutorio de una cláusula abusiva (arts. 8 LCGC y 83 TRLGDCU), otra visión doctrinal aboga por fundamentar la restitución en la regulación del cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC)⁴⁴.

Los presupuestos de la acción del cobro de lo indebido concurren cuando el consumidor paga una cantidad de dinero con la finalidad de cumplir un deber jurídico expresado en una cláusula contractual bajo la falsa creencia de tratarse de una cláusula válida que luego resulta ser abusiva. En tal caso puede tener lugar un cobro indebido en la medida que no existía la obligación de abonar la cuantía dineraria a cargo del *solvens*, por tratarse de una deuda que nunca existió (*indebitum ex causa*), o bien ser menor la cantidad debida a la abonada (*indebitum ex re*). La idea de error en el pago como requisito viene interpretándose en términos lo suficientemente flexibles para concurrir en el supuesto⁴⁵; y el concepto de pago se entiende en sentido amplio y hoy debe comprender el predispuesto por una condición general⁴⁶. Entonces, afirma esta doctrina, el profesional (*accipiens*) debe restituir la cantidad o cantidades dinerarias que fueron abonadas indebidamente por el consumidor.

La nulidad de la cláusula o, en su caso, del contrato en su totalidad y una aplicación de las reglas restitutorias contenidas en los arts. 1895 a 1901 CC pueden dar cumplimiento

⁴⁴ BELLO TORRES, L. y FARIÑA FARIÑA, R., «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos: ¿Derecho de contratos o cobro indebido?», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV (2017), nº 2, 153-190, pp. 173-184. En la misma línea, RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, p. 119.

⁴⁵ Sobre el error a que alude el artículo 1895 CC, RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, pp. 120-122.

⁴⁶ En estos términos, *ibidem*, p. 119.

a lo prescrito en el art. 6.1 de la Directiva 93/13. Como sabemos, el TJUE aseveró en unos términos suficientemente amplios que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva⁴⁷.

El régimen restitutorio del cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC) ha sido ampliamente aplicado tras la declaración de abusividad de la llamada cláusula de gastos inserta en un préstamo con garantía hipotecaria. El Tribunal Supremo español consideró que en este supuesto el efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC por tratarse de pagos hechos por el consumidor a terceros, en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva; y cuestión muy relevante para el presente trabajo, no distinguió suficientemente entre la figura del cobro de lo indebido y el enriquecimiento injustificado al ordenar la restitución de las cantidades de dinero abonadas⁴⁸.

Otras veces el art. 1895 CC aparece mencionado en las sentencias como fundamento de una restitución de otras cláusulas abusivas juntamente con el art. 1303 CC, a la hora de establecer las consecuencias de la declaración de nulidad, en este caso sin una distinción suficiente entre estas medidas⁴⁹.

Sin duda, la ausencia de desarrollo de un Derecho de restituciones español dificulta la tarea de establecer cuáles son las consecuencias que tiene el ejercicio de una acción de cobro de lo indebido en el ámbito de las cláusulas abusivas. Esta acción es fundamentalmente recuperatoria de la cosa que fue entregada por error (*datum*) (art. 1895 CC). El profesional recibe una cantidad de dinero del consumidor con arreglo a la cláusula abusiva y tendrá que restituir la misma cantidad. La devaluación monetaria

⁴⁷ STJUE (Sala 2ª) de 31 de mayo de 2018, C-483/16 Sziber, ECLI:EU:C:2018:367, apartado 34; STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartado 65; STJUE (Sala 8ª) de 27 de abril de 2023, C-705/21 MJ y AxFina Hungary Zrt, ECLI:EU:C:2023:352, apartado 37. Se refieren a las posibilidades que ofrece una aplicación del art. 1895 CC, BELLO TORRES, L. y FARIÑA FARIÑA, R., 2017, pp. 176-178 y 183, y dan distintas razones para no aplicar el régimen restitutorio de los arts. 1303 a 1314 CC al fenómeno de las cláusulas abusivas mediante el mecanismo de la *analogia legis*.

⁴⁸ La STS 725/2018 (Pleno) de 19 diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4236, FJ 2º, punto 3, declaró que en tal caso nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injustificado. En la misma línea, STS 44/2019 (Pleno) de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2019:102, puntos 5 a 7 del FJ 7º. Para más detalles, *infra* § 3.1.1.

⁴⁹ Por ejemplo, SJPI nº 7 de León 931/2022, de 4 abril de 2022, ECLI:ES:JPI:2022:2580, FJ 9º.

será irrelevante en el marco del sistema del cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC). Si el capital recibido por el *accipiens* vale menos al tiempo de la restitución, no puede acogerse este a un supuesto valor subsistente para no restituir el mismo nominal recibido. La pérdida de valor del dinero es un daño que no deberá indemnizar el consumidor por no concurrir negligencia de su parte (art. 1902 CC). Por supuesto, el profesional tampoco podrá acogerse a una pérdida del enriquecimiento, si trazamos la necesaria distinción entre las figuras del cobro de lo indebido y el enriquecimiento injustificado⁵⁰.

Tratándose de una restitución de dinero, resultará complicado hablar de una restitución basada en un cobro de lo indebido en la medida del enriquecimiento injustificado, ni siquiera cuando el *accipiens*-profesional sea de buena fe (art. 1897 CC, primera frase), ya que nos encontramos ante una cosa fungible⁵¹. Esto significa, en mi opinión, que la acción civil del cobro de lo indebido no debería permitir al consumidor obtener una restitución por el valor de uso que el profesional haya dado al dinero que recibió indebidamente en base a una cláusula abusiva, atendiendo a las circunstancias del caso, lo cual resultaría incoherente con el carácter esencialmente recuperatorio de aquella acción civil⁵². De ningún modo el *solvens*-consumidor debería pretender que su restitución tenga por objeto el rendimiento que las cantidades de dinero han reportado al *accipiens*⁵³.

En realidad, el alcance restitutorio de la acción de cobro de lo indebido cuando el *indebitum* es dinero, como sucede con la acción de nulidad contractual (art. 1303 CC), estará en línea con las reglas de una liquidación posesoria, puesto que el sujeto que lo recibe no goza de la exención de riesgos del art. 1897 CC. En consecuencia, este sujeto no debe restituir el subrogado ni ningún lucro obtenido del capital, solamente el interés legal cuando es de mala fe (art. 1896 I CC). Junto con la cantidad debida, se deberán en su caso intereses y acaso también todos los daños que el actor haya sufrido con su privación (cf. art. 1108 CC), pero no el lucro obtenido, que no entra en la cifra de responsabilidad del art. 1896 CC. Desde esta perspectiva se llegó a afirmar que el dinero constituye en el ordenamiento jurídico español la cifra límite del derecho de restitución⁵⁴.

⁵⁰ Distintamente, RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, pp. 126-127.

⁵¹ Cf. *ibidem*.

⁵² En sentido contrario, SOLER PRESAS, A., 2018, p. 1255.

⁵³ En estos términos, RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, p. 127.

⁵⁴ CARRASCO PERERA, A., 1988, pp. 90 y 134.

Como ocurre con la acción de nulidad (art. 1303 CC)⁵⁵, el consumidor podrá reclamar una restitución del interés legal, aunque en esta ocasión únicamente si se considera que hubo mala fe del profesional que empleó la cláusula abusiva (art. 1896 I CC).

La buena fe o la mala fe del *accipiens* es el elemento determinante la hora de establecer las consecuencias restitutorias del cobro de lo indebido, entendida tradicionalmente como la ignorancia o el conocimiento, respectivamente, del carácter indebido del pago. La doctrina científica que defiende una aplicación del art. 1895 CC como fundamento en caso de cobro de unos intereses excesivos en aplicación de cláusulas suelo nulas por abusivas, sostiene que la restitución de dichos intereses puede integrar el contenido de la restitución (*indebitum*) y, además, se ha mostrado partidaria de tener en cuenta la mala fe del profesional en aras de agravar el alcance de la restitución, en virtud del art. 1896 I CC, extendiéndose, junto a las cantidades abonadas por el consumidor, al interés legal⁵⁶.

Hasta la actualidad devino fundamental establecer en qué momento empezaba la mala fe del *accipiens* y el consiguiente devengo del interés legal como integrante de la restitución. La cuestión fue controvertida. Con relación a ello se afirmó que las entidades bancarias actuaron de mala fe en aquellos casos en que, tras la publicación de la STS de Pleno 241/2013, de 9 de mayo⁵⁷, no advirtieron a los clientes afectados de la presencia de cláusulas suelo no transparentes en sus contratos⁵⁸. Distintamente, una doctrina jurisprudencial vino entendiendo que «la calificación de la cláusula [de gastos] como abusiva era equiparable a la mala fe del predisponente» como *accipiens* a los efectos del art. 1896 I CC, dando pie a considerar que el devengo del interés legal se producía desde el abono de las cantidades de dinero con base en la cláusula contractual abusiva⁵⁹. No hubo consenso. En fin, otra opinión doctrinal defendió que no era posible afirmar que cualquier inclusión de una cláusula en un contrato de adhesión

⁵⁵ *Supra* § 2.1.

⁵⁶ Art. 1896 I CC. La norma significa que, en caso de mala fe, la obligación de restituir del art. 1895 CC se complementa con un régimen indemnizatorio por el interés legal. RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, p. 122. En contraste, el reembolso de intereses en la restitución contractual del art. 1303 CC no atiende a la buena o mala fe de los contratantes. BELLO TORRES, L. y FARIÑA FARIÑA, R., 2017, p. 182.

⁵⁷ STS 241/2013 (Pleno) de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2013:1916.

⁵⁸ BELLO TORRES, L. y FARIÑA FARIÑA, R., 2017, pp. 183-184.

⁵⁹ STS 725/2018 (Pleno) de 19 diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4236, FJ 2º. Confirmaron esta doctrina las SSTS 46 y 49/2019 (Pleno) de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2019:101, FJ 6º, punto 5º y ECLI:ES:TS:2019:105, FJ 9º, punto 2º, respectivamente, y las SSTS 910 y 911/2021 (Sección 1ª) de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4746 y ECLI:ES:TS:2021:4747 respectivamente, FJ 3º, puntos 4 y 5.

permitía calificar al predisponente como de mala fe, si después esa cláusula resultaba ser nula, por abusiva⁶⁰.

A este respecto, existe quien prefiere considerar que la buena fe a que se refiere el art. 1897 CC es la «buena fe objetiva», de modo que se trata de determinar si la conducta del *accipiens* se ajusta a una diligencia media en cuanto al carácter indebido en el acto del cobro (ausencia de culpa o negligencia), toda vez que el art. 1896 I CC reconoce una responsabilidad indemnizatoria de este sujeto que debe fundamentarse en la culpa⁶¹. Entonces para que el predisponente sea de buena fe se requiere que no haya actuado con culpa o negligencia al incluir, en la fase precontractual, una cláusula abusiva en su elenco de condiciones generales. El profesional actuará con culpa, según esta opinión, (i) si, al incluirla, fuere evidente o palmario que la cláusula de que se trate no supera las exigencias del control de abusividad (sobre todo, arts. 85-91 TRLGDCU); o (ii) si —habiéndola incluido de buena fe— la mantiene y pretende cobrar cantidades con base en ella, tras haberse consolidado una línea jurisprudencial en su contra que, al menos, plantee serias dudas al respecto. En tales casos, la conducta del predisponente es de mala fe, por infringir un deber objetivo de cuidado que el ordenamiento le imponía observar y la restitución se canaliza a través del art. 1896 CC; y, concurriendo buena fe del predisponente en la inclusión de una cláusula en el contrato, la restitución se regirá por el artículo 1897 CC. La misma doctrina añade que, en caso de buena fe —inclusión de la cláusula sin culpa del predisponente— «la restitución del predisponente se dosifica a través del enriquecimiento injustificado» *–rectius*, en la medida del enriquecimiento experimentado, pero desde el cobro de lo indebido—⁶². En mi opinión, aunque el interés legal a que alude el art. 1896 I CC ciertamente tendrá un carácter indemnizatorio, una equiparación entre «buena fe objetiva» y «ausencia de culpa o negligencia» no deja de plantear serias dudas.

Además, una aplicación del modelo restitutorio trazado por los arts. 1896 y 1897 CC resultará controvertido con respecto a la cláusula de gastos inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. A mi juicio la aplicación del régimen restitutorio del cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC) a esta cláusula no permite resolver el asunto con claridad. Si la entidad prestamista fue de buena fe, el art. 1897 CC difícilmente será aplicable por dos razones: la primera porque no existirá una aceptación del pago indebido realizado a favor de un tercero (notaría, registro de la propiedad, gestoría u otro); y, la segunda, toda vez que no se tratará de una cosa cierta

⁶⁰ RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, pp. 119-120 y 122-123.

⁶¹ Así, *ibidem*, pp. 122-123.

⁶² *Ibidem*, pp. 123-125 y 128.

y determinada sino de una cantidad de dinero. Y cuando hay mala fe en el prestamista, el art. 1896 CC también presupone la existencia de una tal aceptación y asume que fue el obligado a restituir quien recibió la cosa⁶³, lo cual no se produce en la cláusula de gastos hipotecarios.

Hasta aquí fueron expuestas las características distintivas de la nulidad contractual y el cobro de lo indebido. Distintas normas conceden –cada cual a su modo– una misma pretensión restitutoria con respecto a una cláusula abusiva, los arts. 1303 y ss. para la liquidación de contratos inválidos y los arts. 1895 y ss. CC para los pagos indebidos. La solución del concurso de normas estará en encontrar la que se ajuste mejor al supuesto enjuiciado, por ser especial o específica para él. Dejando a un lado las luces y sombras que ofrecen los dos fundamentos restitutorios expuestos, el principio de especialidad hace innecesario plantearse sobre una eventual subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado, pero también conlleva que no sea posible la elección por parte del demandante y, a mi juicio, produce una gran incertidumbre⁶⁴.

Se analizó la imposibilidad de obtener mediante cualquiera de estos fundamentos legales una restitución de la utilidad que el dinero recibido reportó al profesional a partir de una cláusula abusiva. El enfoque tradicional explica que esta restitución quede limitada al importe abonado por el consumidor más un porcentaje en concepto de interés legal devengado que nada tiene que ver con un eventual enriquecimiento de la empresa o profesional que emplea la cláusula.

Recientemente, la disposición final decimosexta de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, modificó el apartado 1 del art. 19 TRLGDCU para establecer que en los procedimientos en que se ejercitan acciones promovidas por consumidores, cuando el empresario no contribuye a una solución consensuada de una controversia que tenga su base en una cláusula de idéntica significación que otra ya declarada nula por abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por sentencia firme que constara inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo específicamente sobre la materia, el órgano judicial que

⁶³ Cf. *ibidem*, p. 129.

⁶⁴ Sobre este concurso de normas, BASOZABAL ARRUE, X., «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: Pautas para salir de un atolladero», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6 (2019), nº 2, 99-167, p. 117. El autor se muestra partidario de seguir aquella doctrina jurisprudencial que entiende que debe aplicarse la regulación de los arts. 1303 y ss. CC por tener la perspectiva bilateral propia del contrato respecto de los pagos indebidos, con su perspectiva unilateral; y cita, en ese sentido, la STS 1385/2007 (Sala 1ª) de 8 enero, RJ 2007\812, FJ 7º.

condene a la restitución de cantidades al empresario impondrá de oficio una indemnización por mora que consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100⁶⁵. Las nuevas normas añaden que, a los efectos de lo previsto, «se entiende que una cláusula tiene idéntica significación a otra cuando su contenido y efectos sean iguales, pese a la existencia de diferencias no sustanciales en la redacción de las mismas», y que transcurridos dos años desde la condena a la restitución de cantidades, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100; y ordenan además un sistema de cómputo de intereses que prescinde de la clásica distinción entre intereses moratorios (art. 1108 CC) y procesales (art. 576 LEC), cuya regulación deja de aplicarse en la determinación de la indemnización por mora del empresario (art. 19.1 TRLGDCU, segunda frase del párrafo tercero)⁶⁶.

La reforma legislativa viene a matizar el planteamiento tradicional de la restitución y podrá tener carácter disuasorio en cuanto al cumplimiento del art. 6.1 de la Directiva 93/13 en relación con el art. 7.1, toda vez que la restitución de los intereses devengados tendrá un mayor alcance que la resultante de aplicar los arts. 1108 CC y 576 LEC⁶⁷. Sin duda, las nuevas normas impactarán en el importante provecho que las empresas y profesionales pueden obtener del dinero recibido de los consumidores en virtud de cláusulas abusivas en el marco de la habitual demora de los procedimientos judiciales. Ahora bien, las medidas adoptadas siguen el molde clásico del régimen restitutorio.

El siguiente apartado de esta investigación examina la posibilidad del consumidor de acudir al enriquecimiento injustificado.

⁶⁵ BOE nº 3, de 3 de enero de 2025.

⁶⁶ Tales normas entraron en vigor el día 3 de abril de 2025. Más allá de las cláusulas abusivas, según la nueva redacción del párrafo segundo del art. 19.1 TRLGDCU, será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del abono por los consumidores y usuarios de las cantidades que deban ser restituidas por el empresario y será término final del cómputo de intereses el día de la total restitución de la cantidad debida por el empresario. Además, la primera frase del párrafo tercero del art. 19.1 TRLGDCU dispone que no habrá lugar a la indemnización por mora del empresario cuando la falta de restitución debida por el empresario a los consumidores y usuarios esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

⁶⁷ No comprendo cuál es la razón por la que la nueva regulación impide que los intereses contractuales o legales y los intereses procesales puedan desempeñar su función ordinaria en sede de cláusulas abusivas.

3. UNA RESTITUCIÓN DE LA UTILIDAD DEL DINERO POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL PROFESIONAL

3.1. *La admisión de una restitución de la utilidad del dinero en el derecho español*

3.1.1. Las dificultades de la acción de enriquecimiento para encontrar su sitio en el ordenamiento jurídico español: una propuesta de autonomía

Como es conocido, la acción de enriquecimiento no cuenta con unas reglas legales y ha sido escasamente caracterizada en el ordenamiento jurídico español. Esta figura jurídica se ha visto desplazada por otras acciones civiles orientadas a obtener una restitución, precisamente la acción de nulidad contractual (art. 1303 CC) y la acción de cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC) que fueron examinadas; una circunstancia que, además de ocasionar una gran confusión en cuanto a los presupuestos, afectación y operatividad de la acción de enriquecimiento, viene causando que la misma sea escasamente aplicada en el ámbito de las cláusulas abusivas.

Sin entrar en un análisis profundo del tema que no procede aquí⁶⁸, hasta el momento ni la doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del Tribunal Supremo ni la doctrina científica española contribuyeron en absoluto a modernizar la figura del enriquecimiento al tratar los supuestos de *condictio* de prestación: cuando un sujeto transmite un valor en virtud de un contrato ineficaz –una causa que luego no permite justificar la retención de lo obtenido (*condictio ob causam finitam*) –, predomina un único sistema restitutorio basado en las normas reguladoras de la nulidad contractual (arts. 1303, 1304, 1307 y 1308 CC); mientras que cuando un sujeto transmite un valor sin existir una obligación contractual que cumplir al tiempo que se ejecuta como consecuencia de un error, se consideran aplicables las normas del cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC), apreciándose de ese modo solo una de las dos caras de la *condictio indebiti*, como cuasicontrato y en ningún caso como enriquecimiento injustificado. Así, en el primer caso las normas aplicadas atienden a los efectos que produce la ineficacia en el contrato mismo (art. 1303 CC), en ningún caso a los resultantes de la transmisión de un valor entre los sujetos involucrados; y en el segundo adquieren relieve los rasgos característicos de la acción del cobro de lo indebido, una acción que se basa en el principio general que ordena dar a cada uno lo suyo, recuperatoria y que da lugar a la restitución de un *datum*, y que presta especial

⁶⁸ Para un análisis más detallado, BECH SERRAT, J.M., *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 113-159.

atención a la liquidación de la situación posesoria. El ordenamiento jurídico español no distingue entre la acción de cobro de lo indebido y la acción de enriquecimiento⁶⁹.

Bajo esos parámetros doctrina científica y tribunales abogan por reconocer una obligación de restituir sin advertir que la *condictio* de prestación en realidad constituye un supuesto de enriquecimiento injustificado y que, en consecuencia, la restitución debería fundamentarse en la transmisión de un valor que no alcanza su propósito, carente de justificación para el ordenamiento jurídico; y que de lo que se trata es de dar relevancia y operatividad a la acción de enriquecimiento para lograr la restitución⁷⁰. La presente investigación asume que una doctrina muy autorizada aboga por unificar la liquidación de contratos fracasados –sea por invalidez, incumplimiento, rescisión o por otra causa– exclusivamente en sede del derecho de contratos, tanto en el derecho español⁷¹ como a propósito de las remisiones a las reglas sobre enriquecimiento injustificado contenidas en el Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR) por lo que se refiere a una reclamación de la restitución de aquello que transmitieron o entregaron las partes en virtud de un contrato anulado (art. II.-7:212), o de un contrato, o de alguna cláusula del mismo, que es nulo o ha sido anulado por infringir principios fundamentales o normas imperativas (art. II.-7:303)⁷². A este respecto, una corriente de opinión propugna el empleo de un régimen uniforme puramente contractual para la rescisión de contratos fallidos tras considerar que, a menudo, es una cuestión de azar si la extinción se solicita debido a un incumplimiento del contrato o a un defecto en la celebración; y porque, aunque los defectos en la celebración hacen que el contrato sea inválido, la distribución de riesgos acordada por las partes habitualmente no se ve afectada por el defecto y, por tanto, debería continuar teniendo efecto⁷³. Aunque una aplicación del último razonamiento a una restitución derivada de una cláusula abusiva resultará muy controvertida, pues en este ámbito la autonomía de la voluntad de los contratantes se ve desplazada por el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, es indudable la primacía de quienes propugnan una restitución contractual.

⁶⁹ De ahí que en el derecho español se plantea una dicotomía entre *condictio de prestación*, supuestamente regulada por los arts. 1303 a 1314 CC, y *condictio indebiti*, contenida únicamente en los arts. 1895 a 1901 CC, y se omite cualquier referencia a una eventual acción de enriquecimiento de carácter autónomo. SOLER PRESAS, A., 2018, pp. 1229-1230.

⁷⁰ Cf. *ibidem*, p. 1229.

⁷¹ BASOZABAL ARRUE, X., «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2018), nº 4, 1-54, pp. 39 y 44-46.

⁷² El mismo texto tiene un planteamiento distinto con respecto a la restitución de beneficios recibidos en caso de resolución del contrato por incumplimiento (arts. III.-3:510 y 512 DCFR).

⁷³ Críticamente sobre una dualidad de regímenes basada en una ineficacia *ex tunc* o *ex nunc* del contrato, WENDEHORST, C., «Ungerechtfertigte Bereicherung», en *Der Akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, Schulze, R. Von Bar, C., Schulte-Nölke, H. (Eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 215-260, pp. 240 y 257.

Una opinión doctrinal afirmará incluso que «la restitución derivada de la nulidad contractual no viene presidida por una idea de enriquecimiento que autorice a sacar conclusiones en el terreno restitutorio (a salvo de la mitigación contenida en el artículo 1304 CC, para la restitución del incapaz; y de los artículos 1186, 1158, 1897 CC)». Según esta visión, «[p]ara el Derecho de contratos, el enriquecimiento no es más que una medida de la extensión restitutoria, aplicable en algunos supuestos excepcionales, pero que no admite configurarse como sistema general autónomo de restitución, a diferencia de las relaciones obligatorias legales a partir del contenido de atribución»⁷⁴. Criticará el argumento empleado por la Sala Civil en «Canal Satélite Digital» para rechazar la restitución de las cantidades abonadas en concepto de arrendamiento del descodificador, cual fue que no se había producido enriquecimiento injustificado por parte de la predisponente por cuanto los pagos constituyeron una adecuada contraprestación por el uso del terminal⁷⁵, sin advertir que una cosa es la obligación restitutoria por una ineficacia retroactiva real y otra bien distinta la que se planteó en este caso⁷⁶. La misma opinión doctrinal mantendrá que las consideraciones de corte restitutorio llevadas a cabo en esta sentencia debían haberse realizado al margen del art. 1303 CC, en virtud de la *condictio* de prestación, o sea, atendiendo solamente al enriquecimiento injustificado⁷⁷; y concluirá que «no cabe sostener que el régimen restitutorio derivado de la nulidad de una condición general de la contratación mantenga relación alguna con el enriquecimiento injustificado; régimen que, por hipótesis, presupone la realización de una atribución patrimonial en dinero por parte del consumidor, y que poco informa sobre la condición de enriquecido del predisponente»⁷⁸.

La problemática se agudiza si cabe cuando se intenta superar la denominada «crisis del cuasicontrato» mediante una reforma del texto codificado, a partir de los arts. 5182-1 a 10 de la Propuesta de Código civil que presentó la APDC en 2016, que pretende configurar la *condictio indebiti* solamente como una acción de enriquecimiento y regular la figura tomando como punto de partida el actual contenido de las normas del cobro de lo indebido. De un tratamiento a partir de la figura del cuasicontrato del cobro de lo indebido se busca pasar a un cobro de lo indebido que es tratado como un

⁷⁴ RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, p. 118.

⁷⁵ La citada STS 118/2012 (Sección 1ª) de 13 marzo, ECLI:ES:TS:2012:2543, FJ 9º.

⁷⁶ BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 139-140.

⁷⁷ Cf. VENDRELL CERVANTES, C., «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, del Olmo García, P. y Basozabal Arrue, X. (Dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 283-337, pp. 319-320.

⁷⁸ Contrástese RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, p. 118 con BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 145-153 y 168-181.

enriquecimiento injustificado. Este enfoque, a mi juicio, equivale a finiquitar esta figura por la puerta de atrás, en ningún caso elimina la distorsión en cuanto a los presupuestos de la acción de enriquecimiento ni a sus efectos restitutorios.

Sin duda, un establecimiento del alcance restitutorio de una cláusula abusiva basándose en el enriquecimiento injustificado solo puede abrirse camino a contracorriente. La aplicación de las normas de la nulidad contractual (arts. 1303, 1304, 1307 y 1308 CC) o, según los casos, de los arts. 1895 a 1901 CC, viene impidiendo que la acción de enriquecimiento disponga de sus propias reglas y encuentre en el derecho español el sitio que se merece; y el carácter expansivo de las reglas del derecho de contratos con respecto a la restitución en la liquidación de contratos fracasados o fallidos dificulta enormemente la operatividad del enriquecimiento injustificado en el ámbito de las cláusulas abusivas.

Además, las normas reguladoras de los contratos de consumo no abordan la cuestión del reembolso de los beneficios derivados del dinero recibido por la empresa o profesional, ni siquiera en caso de desistimiento del consumidor. Las reglas modelo del DCFR no previeron si el desistimiento produce efectos *ex tunc* o *ex nunc* ni si cabe aplicar el derecho de enriquecimiento injustificado para establecer las consecuencias restitutorias. Una visión doctrinal se plantea únicamente si el consumidor debe compensar por el uso del bien o servicio y duda de la sensatez o la necesidad de establecer normas que prescriban un reembolso. Argumenta que normalmente el uso no será significativo habida cuenta del breve plazo de tiempo de que dispone el consumidor para desistir, así como que un reembolso de beneficios por el uso podría ser excesiva si el consumidor además tiene el deber de compensar a la empresa o profesional por el deterioro causado⁷⁹. Con todo, el primer apartado del art. 26.5 de la nueva Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo⁸⁰ exige, como requisito para ejercer el derecho de desistimiento, que el consumidor pague al prestamista «el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido y, en cualquier caso, a más tardar a los treinta días naturales de haber enviado la notificación mencionada en la letra a)». Además, el segundo apartado del mismo precepto legal añade que tales intereses se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado y que el prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación

⁷⁹ ZIMMERMANN, R., «Rückabwicklung nach Widerruf», en *Revision des Verbraucher-acquis*, Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H.C., Jansen, N., Wagner, G., Zimmerman, R., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, 167-192, pp. 173 y 188.

⁸⁰ Directiva (UE) 2023/2225, de 18 de octubre, relativa a los contratos de crédito (DO L 1/67, de 30 de octubre de 2023).

en caso de desistimiento, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública. El caso es que la regulación de consumo no contempla una restitución de los beneficios resultantes del dinero recibido por la empresa o profesional.

Ahora bien, algunos países se encuentran en condiciones de atribuir al enriquecimiento injustificado un rol más importante a la hora de establecer las consecuencias de una cláusula abusiva. Como es conocido, Alemania cuenta con una regulación del enriquecimiento injustificado desde que se aprobó su Código civil (§ 812 y ss BGB). Se trata de un sistema que no acoge la figura del cuasicontrato⁸¹. En ese país las consideraciones de corte restitutorio en torno a las cláusulas abusivas y las cantidades pagadas en exceso por el consumidor derivadas de la ineficacia de una cláusula se plantean en virtud de la *condictio de prestación (Leistungskondiktio)*, o sea, a partir de la regulación del enriquecimiento injustificado (§ 812 y ss. BGB)⁸². Los principales países europeos, a diferencia de España, cuentan hoy con una regulación del enriquecimiento injustificado, en su caso paralela al pago de lo indebido (arts. 1303 a 1303-4 Código civil francés, arts. 2041 y 2042 del Código civil italiano, art. 6:212 BW holandés)⁸³.

Este trabajo reivindica una vez más la necesidad de reformular los presupuestos tradicionales de la acción de enriquecimiento en el ordenamiento jurídico español a partir de una aproximación tipológica, prescindiendo del cuasicontrato, separadamente de la figura del cobro de lo indebido; y plantea la posibilidad de basar en el enriquecimiento injustificado las pretensiones restitutorias que se producen en el ámbito del contrato cuando no se logra el resultado perseguido con una prestación (*Leistungskondiktio*), incluidas las que tienen su origen en una cláusula declarada

⁸¹ Para una visión comparada, TORT-MARTORELL, C., «Notas sobre el enriquecimiento injustificado: bases romanísticas y su desarrollo en el derecho español», en *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. 7, Piro, I. (Coord.), Libellula Edizioni, Tricase, 2016, 233-261, p. 234.

⁸² Por ejemplo, BGH de 8 de octubre de 1987, VII ZR 185/86, MDR 3-1988, pp. 221-222; BGH de 27 de mayo de 2009, VIII ZR 302/07, NJW 2009, p. 2590; o BGH de 23 de enero de 2013, VIII ZR 80/12, NJW 14-2013, pp. 991-995). Entre la doctrina científica, BASEDOW, J., «§306 BGB: Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit», en Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H. y Limperg, B. (Eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. II, 8ª ed., C.H.Beck, München, 2019, párrafo 2, 1320-1339, p. 1321, afirma que si la no inclusión o ineficacia de ciertas cláusulas hiciera fracasar el contrato en su conjunto, a falta del apartado primero del §306 BGB y que prescribe la eficacia del resto de cláusulas, debería producirse una restitución de las prestaciones con arreglo a las normas del enriquecimiento injustificado (§ 812 BGB y siguientes).

⁸³ Por ejemplo, DESCHEEMAERKER, E., «El nuevo Derecho francés del enriquecimiento injustificado», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, del Olmo García, P. y Basozabal Arrue, X. (Dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 121-167.

abusiva⁸⁴. Ante quienes sostienen que, si las prestaciones se pensaron y quisieron como recíprocas, es lógico que ese mismo dato presida la liquidación contractual⁸⁵, la presente investigación aduce que esto será así a menos que el sujeto reclamante después prefiera el ejercicio de una acción de enriquecimiento. Una situación debería permitir el ejercicio de distintas acciones civiles restitutorias de modo excluyente (nulidad contractual, cobro de lo indebido o enriquecimiento injustificado) si concurren los presupuestos necesarios.

A mi modo de ver, los objetivos de que la cláusula abusiva no sea vinculante para el consumidor (art. 6.1 Directiva 93/13) y consistentes en disuadir a los profesionales del empleo de la cláusula en cuestión y garantizar una protección judicial efectiva de los consumidores (art. 47 CDFUE) ante este tipo de cláusulas, ponen de manifiesto la oportunidad que puede significar el hecho de disponer de la figura del enriquecimiento injustificado como un fundamento autónomo de la restitución, con sus propios presupuestos, ámbito de operatividad y alcance.

Como se indicó, la STS de Pleno 44/2019, de 23 de enero⁸⁶, no se limitó a considerar inaplicable el efecto restitutorio previsto en el art. 1303 CC a una cláusula de gastos hipotecarios declarada abusiva. Observó además que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula y declaró el deber de la prestamista de pagar al consumidor las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva⁸⁷. Aunque en Derecho español no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, añadió el Alto Tribunal, «nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor». De ese modo, el Tribunal Supremo español apuntó la posibilidad de que el enriquecimiento injustificado actúe como fundamento de la restitución con respecto a una cláusula de gastos hipotecarios abusiva; si bien es cierto que no tuvo en consideración el enriquecimiento de la entidad bancaria por la utilidad del dinero.

⁸⁴ Para más detalles, BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 163-295.

⁸⁵ SOLER PRESAS, A., 2018, p. 1230.

⁸⁶ STS 44/2019 (Pleno) de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2019:102, puntos 5 a 7 del FJ 7º.

⁸⁷ Con invocación de la STJUE (Sala 2ª) de 31 de mayo de 2018, C-483/16 Sziber, ECLI:EU:C:2018:367, apartado 34.

La autonomía que la presente investigación propugna para la acción de enriquecimiento se encuentra ofuscada a menudo por sentencias que invocan indistintamente el enriquecimiento injustificado y el cobro de lo indebido, como si se tratara de un mismo fundamento regido por unos mismos presupuestos, alcance y operatividad⁸⁸; ello sin olvidar que alguna resolución judicial incluso parece asimilar la acción de nulidad contractual con la acción de cobro de lo indebido⁸⁹. Se trata de una manifestación más de las dificultades que tiene la acción de enriquecimiento para ser operativa en el ordenamiento jurídico español. A lo que hay que añadir una doctrina científica antes mencionada que, al analizar los efectos restitutorios que produce una cláusula abusiva, califica el cobro de lo indebido como modalidad de enriquecimiento sin causa y sostiene que esta acción civil «puede servir de manera subsidiaria para colmar las lagunas del Derecho de contratos [supuestamente, el art. 1303 CC]»⁹⁰.

El presente trabajo aboga por dar autonomía a la acción de enriquecimiento injustificado en el ámbito de las cláusulas abusivas una vez acometida una reformulación de sus presupuestos tradicionales⁹¹. Lo relevante debería ser el enriquecimiento fáctico del sujeto reclamado, en contraste con la transmisión de la propiedad de una cosa o el acto del pago. Cualquier valor transmitido al profesional a raíz de la cláusula abusiva debería ser restituible⁹². La característica apropiación de ese valor por parte del profesional que tiene lugar en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, con la consiguiente vulnerabilidad del consumidor, debería desplazar la vetusta exigencia de que se produzca un «correlativo empobrecimiento» del sujeto reclamante⁹³. El carácter injustificado del enriquecimiento no debería identificarse con una ausencia de causa, en el sentido de que la cláusula contractual era la causa que justificaba el desplazamiento patrimonial y ahora su nulidad por abusiva significa que concurre el presupuesto. A mi juicio, la base para restituir por enriquecimiento no será la nulidad de la cláusula abusiva en sí misma considerada. En este caso la transmisión de un valor carecerá de justificación porque el consumidor reclamante tuvo la voluntad de cumplir una obligación (*solvendi causa*)

⁸⁸ La misma STS 44/2019 (Pleno) de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2019:102, punto 7 del FJ 7º, tras declarar que «nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto», se refiere a la STS 725/2018 (Pleno) de 19 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4236, una resolución que, no obstante, basó explícitamente la restitución en un cobro de lo indebido.

⁸⁹ STS 118/2012 (Sección 1ª) de 13 de marzo, ECLI: ECLI:ES:TS:2012:2543, FJ 9º.

⁹⁰ BELLO TORRES, L. y FARIÑA FARIÑA, R., 2017, pp. 174 y 184; en sentido contrario, BECH SERRAT, J.M., *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 519-537.

⁹¹ BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 163-295.

⁹² Cf. RUIZ ARRANZ, A.I., 2020, p. 118.

⁹³ Con relación a los criterios para establecer si concurre una apropiación del valor por parte del profesional en un enriquecimiento injustificado, BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 213-218.

resultante de la cláusula abusiva y no logró su propósito a partir de una actuación lícita⁹⁴.

La circunstancia de que la restitución favorable al consumidor sea pecuniaria no debería ser ningún obstáculo para encontrar su fundamento en una acción de enriquecimiento injustificado.

3.1.2. Propuesta: el abono de una cantidad de dinero en el marco de una cláusula abusiva como supuesto de *condictio* de prestación

Una restitución de la utilidad obtenida del dinero resulta plenamente admisible en el ámbito de las cláusulas abusivas si el enriquecimiento fáctico actúa como presupuesto. El criterio valor fáctico transmitido, no obstante, colisionará en el ordenamiento jurídico español con una concepción que toma en consideración los derechos transmitidos en abstracto a la hora de establecer el enriquecimiento.

En el derecho español hay quien sostiene que el enriquecimiento únicamente puede producirse mediante la transmisión de un derecho y concibe la restitución como una devolución a alguien en su posesión o titularidad de la cosa, bajo el influjo de los teólogos del siglo XVI de la Escuela de Salamanca que caracterizaron la restitución como reparación de la violación del derecho de propiedad (*dominium*); y, lógicamente, a partir de ese planteamiento no cabe admitir a favor del consumidor una restitución de la utilidad obtenida del dinero en base a un enriquecimiento injustificado.

Como se expuso⁹⁵, a tenor del sistema de transmisión de riesgos de las cosas (arts. 482, 1740, 1687 *in fine* CC) y de transmisión de la propiedad (art. 609 CC), una opinión sostuvo que lo adquirido con dinero restituible no es restituible. Al quedar fijado el riesgo, «queda igualmente fijado el objeto de la restitución (cf. Arts. 482, 1.740, 1.687 *in fine*)»: la restitución tiene por objeto únicamente el capital recibido y no su rendimiento. Según este planteamiento, el art. 482 CC constituye la norma general de restitución cuando los bienes sujetos a restitución son fungibles; y, si el *indebitum* es resultado de una prestación pecuniaria, la restitución habrá de consistir en la entrega de la misma cantidad recibida, salvo los supuestos de restitución por persona discapacitada (art. 1304 CC)⁹⁶. Al negar la existencia de enriquecimiento en quien recibe una cosa específica que no deja de ser propiedad del transmitente, esta visión

⁹⁴ En mi opinión, es preferible ir al origen de las *condictiones* romanas. *Ibidem*, pp. 225-295.

⁹⁵ *Supra* § 2.1.

⁹⁶ OROZCO MUÑOZ, M., *El enriquecimiento injustificado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 312-313.

significará que el mero traspaso posesorio realizado por error solamente puede tener efectos restitutorios basados en el art. 1895 CC. Entonces el *accipiens* de buena fe que recibe un cobro indebido no entrega el subrogado en que se ha convertido el dinero indebidamente pagado, dado que por su parte no dispone del beneficio de exención de riesgos que el art. 1897 CC reserva para el pago indebido de cosa específica («[...] restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo»)⁹⁷; y, de ese modo, los estudios atribuyen a la acción de enriquecimiento un carácter subsidiario respecto de las acciones reivindicatoria (art. 348 II CC) y de cobro de lo indebido (arts. 1805 a 1901 CC)⁹⁸.

Sin duda, este enfoque doctrinal reduce considerablemente el ámbito de operatividad de la acción de enriquecimiento y, de hecho, conlleva que este remedio civil no sea aplicable a la entrega o pago de dinero u otras cosas fungibles. Según la misma corriente de opinión, en este caso cabe considerar que el *accipiens* deviene propietario de la cantidad de dinero recibida por medio de la entrega (*genus nunquam perit*) y la misma deviene irreivindicable. De ahí que sostiene que en las obligaciones pecuniarias «no cabe aplicar sin más el principio de enriquecimiento sin causa»⁹⁹.

La presente investigación difiere absolutamente de este planteamiento doctrinal. Considera que la figura del enriquecimiento injustificado debería tener gran operatividad cuando el consumidor abonó dinero en base a una cláusula abusiva, pues en tal caso procede restituir cualquier enriquecimiento fáctico. Defiende que una restitución de la utilidad concreta obtenida del dinero no puede ser contractual, valorada en abstracto y limitada al reembolso del precio y de los intereses (art. 1303 CC), ni basarse en el cobro de lo indebido, por cuanto ese valor no formará parte del *datum* (arts. 1895 a 1901 CC). Existen datos legislativos suficientes para afirmar que la figura del enriquecimiento injustificado existe en el derecho español y que el concepto de «transferencia del valor patrimonial» se encuentra en él legislativamente acuñado¹⁰⁰. Tomando distancia de las reglas sobre la transmisión de un derecho y relativas a la asignación del riesgo de pérdida de las cosas fungibles o a la liquidación de la situación posesoria, en el ámbito del enriquecimiento injustificado el sujeto que recibe una cantidad de dinero debería restituir la utilidad obtenida a menos que se

⁹⁷ CARRASCO PERERA, A., 1988, pp. 70-73.

⁹⁸ OROZCO MUÑOZ, M., 2015, pp. 30, 85-86 y 167-168.

⁹⁹ CARRASCO PERERA, A., 1988, p. 83.

¹⁰⁰ En estos términos se expresó Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en el célebre discurso «La doctrina del enriquecimiento injustificado», publicado en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, de la Cámara, M. y Díez-Picazo, L., Civitas, Madrid, 1988, 13-133, p. 48.

haya desenriquecido al tiempo de la reclamación¹⁰¹. Bajo ese prisma el consumidor debería poder reclamar cualquier enriquecimiento fáctico que produzca una cláusula abusiva en el profesional. La dificultad estribará entonces en reconducir el supuesto estudiado al tipo de enriquecimiento adecuado.

El uso de dinero ajeno se encuentra regulado por normas que disciplinan las relaciones entre propietario y poseedor, singularmente los arts. 451 y 455 CC. Como señalaron los mejores estudios sobre enriquecimiento injustificado, el art. 455 CC contiene el fundamento normativo de una *condictio* de intromisión por la que se restituye el valor del disfrute del bien usurpado al ordenar que el poseedor de mala fe abone los frutos percibidos y aquellos otros que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, reconociéndole únicamente el derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos por la conservación de la cosa¹⁰². Según la misma opinión, equiparando «frutos percibidos» a «valor de goce de la cosa usurpada», la pretensión restitutoria se convierte en una *condictio* por intromisión para supuestos de disfrute de cosa ajena, aplicable también cuando la cosa no es fructífera. La restitución del valor de uso de la cosa fructífera («los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir») permitió extender el ámbito de aplicación de la pretensión restitutoria por enriquecimiento a todos los supuestos en que el objeto de usurpación tiene una renta de uso o un precio por la cesión en el mercado.

Ese enfoque consiguió superar el carácter restrictivo en la restitución de provechos que tradicionalmente ha regido en el ordenamiento jurídico español¹⁰³. Sin embargo, una restitución por enriquecimiento a la luz del art. 455 CC resultará aplicable únicamente a supuestos de verdadera y probada mala fe de quien se entromete¹⁰⁴; cuando, en realidad, no está claro que una restitución por enriquecimiento no proceda también en supuestos en que el predisponente posee de buena fe la cantidad de dinero abonada por el consumidor sin justificación a raíz de una cláusula abusiva, asumiendo que la

¹⁰¹ Con respecto a una aplicación de las reglas de enriquecimiento injustificado a contratos fallidos contenidas en el DCFR en base a los arts. II-7:212(2) y II-7:303(1), WENDEHORST, C., 2008, pp. 239-240, señala que, si el defecto en la celebración del contrato tiene efectos retroactivos (*ex tunc*), el beneficiario de una prestación no dineraria solo adquiere la posesión; y que, conforme a la concepción del DCFR, la mera posesión de un bien ajeno no constituye un enriquecimiento monetario; mientras que cuando el defecto en la celebración del contrato produce solamente efectos obligatorios, el beneficiario debe el valor monetario completo salvo en caso de desenriquecimiento. Aunque este resultado podría encontrar respaldo en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, la autora cuestiona la dependencia que tienen las reglas modelo del enriquecimiento injustificado con respecto a los derechos reales.

¹⁰² DÍEZ-PICAZO, L., 1988, pp. 121-122 y BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 262-265.

¹⁰³ Por todos, CARRASCO PERERA, A., 1988, p. 73.

¹⁰⁴ BASOZABAL ARRUE, X., 1998, p. 267, que admite una «literalidad punitiva» en el art. 455 CC.

situación puede darse a pesar de que la cláusula abusiva haya causado al consumidor un perjuicio en contra de las exigencias de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU).

En este punto cabe plantearse si la restitución puede basarse en un enriquecimiento por prestación –la correspondiente *condictio* o *Leistungskondiktio* alemana—, en lugar de una *condictio* de intromisión (*Eingriffskondiktio*), por existir una situación de carácter negocial que lo permite. Lejos del ejercicio de derechos reales, el enriquecimiento del predisponente a raíz de una cláusula abusiva obedece a una prestación. En este caso se trata de dar marcha atrás en los efectos del comportamiento del consumidor llevado a cabo en cumplimiento de dicha cláusula (*solvendi causa*), cuando no existe obligación que cumplir al tiempo de la prestación (*condictio indebiti* como integrante de la *condictio* de prestación o, si el error del *solvens* se considera exigible y no concurre, *condictio sine causa*)¹⁰⁵. Al fin y al cabo, afirmará una opinión doctrinal, «en el caso de las *147* condiciones por prestación existe un principio general implícito que impone que los desplazamientos patrimoniales sólo sean jurídicamente definitivos y eficaces cuando obedezcan a prestaciones enderezadas a la consecución de finalidades lícitas, reales y existentes»¹⁰⁶.

A mi juicio cabe admitir una restitución basada en un enriquecimiento por prestación y, en tal caso y a diferencia de una *condictio* de intromisión, será innecesario prestar atención a si el predisponente obró con buena o mala fe al enriquecerse mediante la cláusula abusiva. Solamente será relevante la mala fe del deudor enriquecido al tiempo de la reclamación, sobre todo a los efectos de excluir una exoneración por desenriquecimiento.

3.2. El asunto Bank M.: ¿Un punto de inflexión?

La sentencia dictada por el TJUE en el antedicho asunto *Bank M.* acerca de un eventual enriquecimiento producido por una «utilización de fondos durante un determinado período sin fundamento jurídico», resultante de los pagos efectuados por el consumidor a raíz de una cláusula de conversión de moneda extranjera a nacional de carácter abusivo, dejó abierta la posibilidad de admitir el planteamiento que fue adoptado en la presente investigación. Según el demandante, al utilizar desde 1 de octubre de 2011 hasta 31 de diciembre de 2020, el importe de 7.769,06 eslotis polacos

¹⁰⁵ En el derecho de enriquecimiento injustificado alemán, HELMS. T., *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 71.

¹⁰⁶ Sobre la caracterización de la *condictio* de prestación, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., 1988, pp. 100-116.

(aproximadamente 1.700 euros) correspondiente a las cuotas mensuales abonadas, la entidad demandada Bank M. obtuvo una ganancia de 7.321,51 eslotis (aproximadamente 1.600 euros). Por ello, tras ser declarada abusiva la cláusula contenida en el contrato y la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en su totalidad, el demandante exigió a Bank M el pago de la cantidad de 3.660,76 eslotis (aproximadamente 800 euros), más los intereses de demora al tipo legal desde 8 de junio de 2021 hasta la fecha del pago, correspondiendo la otra mitad a su esposa, la cual no fue parte en el procedimiento principal¹⁰⁷. El Tribunal de Luxemburgo se refirió al alcance restitutorio distinguiendo según se trata de restituir al profesional o al consumidor. Conceder a una entidad de crédito el derecho a solicitar al consumidor «una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, del pago de intereses de demora podría menoscabar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13», expresó la sentencia, singularmente una «remuneración por el uso de ese capital por el consumidor»¹⁰⁸. Según el tribunal, «no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento» (principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)¹⁰⁹. En cambio, el TJUE respondió a la cuestión prejudicial correspondiente a una restitución a favor del consumidor declarando que, en el contexto de la anulación en su totalidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a que este no puede subsistir tras la supresión de unas cláusulas abusivas, el art. 6.1 y el art. 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido siguiente:

«No se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad»¹¹⁰.

¹⁰⁷ STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478, apartados 14 y 15.

¹⁰⁸ Apartados 76 a 79. Una tal interpretación podría crear situaciones en las que fuera más favorable para el consumidor seguir cumpliendo el contrato que incluye una cláusula abusiva que ejercitar los derechos que le confiere la Directiva 93/13. STJUE (Sala 4ª) de 25 de junio de 2023, C-520/21 Arkadiusz Szcześniak y Bank M. SA et al., ECLI:ECLI:EU:C:2023:478.

¹⁰⁹ Apartados 81 y 82. Véase también el apartado 83.

¹¹⁰ Apartado 85. La asimetría en el alcance restitutorio para ambos contratantes llevó a CORLETTI, F., 2024, pp. 178-186, a plantear un eventual paralelismo con una «*condictio indibiti protectora*» del consumidor establecida en la sentencia nº 28314 del Tribunal Supremo italiano, de 4 de noviembre de 2019, Foro italiano 2020, 3, I, p. 934.

De ese modo, el TJUE autorizó al consumidor a reclamar la restitución basándose en una acción de enriquecimiento injustificado y en los términos previstos en su ordenamiento estatal¹¹¹, presuponiendo un concepto amplio de enriquecimiento injustificado que abarcaría todas las reclamaciones de sumas de dinero utilizadas sin una «justificación contractual»¹¹². La restitución de beneficios, como deja claro el propio caso *Bank M.*, cae así dentro del ámbito de los «medios apropiados y eficaces» destinados a prevenir la inserción de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre un vendedor o proveedor y consumidores, a que se refiere el art 7.1 de la Directiva 93/13.

Por lo demás, la asimetría en el alcance restitutorio para ambos contratantes, justificada por el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y la necesidad de disuadir a los profesionales del empleo de cláusulas abusivas, no infringe el principio de igualdad de las partes, ni el principio de no penalización del profesional¹¹³. De hecho, los casos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales limitaron considerablemente las posibilidades de las empresas infractoras del derecho de consumo de invocar a su favor medidas civiles nacionales, siendo esta una característica de la transformación producida en los últimos años¹¹⁴; y

¹¹¹ Poco antes, la STJUE (Sala 6ª) de 31 de marzo de 2022, C-472/20 *Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt*, ECLI:EU:C:2022:242, apartado 58, ya había admitido que un órgano jurisdiccional de primera instancia nacional recalificara el contrato como de préstamo denominado en forintos húngaros y determinara el tipo de interés aplicable, «obligando a la prestamista a reembolsar el importe correspondiente a tal enriquecimiento sin causa», con respecto a la abusividad de una cláusula contenida en un contrato de préstamo personal por la cual el consumidor tenía que asumir en su integridad el riesgo del tipo de cambio de divisa; si bien en este caso la sentencia no hizo una alusión expresa a la utilidad del dinero. Véase también el apartado 60. Además, como hizo notar ESPOSITO, F., «Loans and the Unfair Contract Terms Directive after C-472/20 *Lombard*— Where Are We Now?: Case Note on *Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt*. V. PN, Judgment of the Court of Justice (Sixth Chamber) of 31 March 2022 (Case C-472/20, EU:C:2022:242)», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, nº 6, 2022, 223-227, pp. 225-226, a propósito de la llamada «excepción Kásler» que permite sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional (STJUE (Sala 4ª) de 30 de abril de 2014, C-26/13 *Kásler*, ECLI:EU:C:2014:282, apartados 83-84), nada del texto de la decisión *Lombard* insinúa que cuando «no existen disposiciones supletorias del derecho nacional» el deber de los jueces nacionales de hacer lo que sea necesario para que el consumidor no quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales resultantes de una nulidad del contrato no les exija basarse en principios generales o costumbres para crear una norma supletoria, si ello es posible conforme a la legislación nacional.

¹¹² En esos términos CORLETTO, F., 2024, pp. 178-186, quien sostiene que se trata de la noción de enriquecimiento injustificado en una versión armonizada del derecho de la Unión Europea, con cita de doctrina científica. El apartado 20 de las conclusiones del abogado general Sr. Anthony Michael Collins presentadas el 16 de febrero de 2023 en este asunto alude a que los conceptos de «prestación indebida» y de «enriquecimiento injusto» son relativamente amplios y «comprenden múltiples supuestos, tales como, potencialmente, las pretensiones relativas a la utilización extracontractual de dinero».

¹¹³ Se refiere a la posibilidad de vulneración de estos principios, *ibidem*, p. 185.

¹¹⁴ PAVILLON, C., 2023, pp. 72-74.

entre las medidas que fueron denegadas se encuentra la de restituir el enriquecimiento injustificado de la persona consumidora por el uso de un bien comprado¹¹⁵.

En mi opinión, a la luz de la sentencia *Bank M.* en el derecho español debería admitirse el ejercicio de una acción de enriquecimiento por parte del consumidor para obtener una restitución del valor del uso concreto que el predisponente hizo de una cantidad de dinero que fue abonada a partir de una cláusula abusiva. Dicha restitución sería factible desde un punto de vista dogmático y no vulneraría el principio de proporcionalidad impuesto como límite por el Tribunal de Luxemburgo. Una tal forma parte de lo estrictamente necesario para proteger al consumidor de las consecuencias especialmente perjudiciales que resultan de la ineficacia del contrato de préstamo de que se trata¹¹⁶.

En todo caso, serán los tribunales nacionales quienes deberán interpretar las reglas legales o jurisprudenciales de su ordenamiento jurídico interno sobre enriquecimiento injustificado de un modo coherente y acorde con los objetivos de la Directiva 93/13¹¹⁷. Bajo unos presupuestos modernizados, no cabe duda de que la figura del enriquecimiento injustificado podría fundamentar la restitución y convertirse en otra medida para lograr, además del carácter no vinculante de la cláusula para el consumidor (art. 6.1 Directiva 93/13), una protección judicial efectiva de los consumidores (art. 47 CDFUE), acorde con los principios de efectividad y proporcionalidad, y resultar disuasoria para el profesional.

¹¹⁵ STJUE (Sala 1ª) de 1 de abril de 2008, asunto C-404/06, *Quelle AG*, apartados 40 y 41, a propósito del art. 3.1 de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE C 171, de 7 de julio de 1999) y STJUE (Sala 1ª) de 3 de septiembre de 2009, asunto C-489/07, *Pia Messner*, ECLI:EU:C:2009:502, apartados 26 y 29, con relación a las frases 1 y 2 del art. 6.1 de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE C 144, de 4 de junio de 1997), ambas regulaciones hoy derogadas.

¹¹⁶ El principio de proporcionalidad conlleva que «las medidas establecidas por la normativa nacional no deben exceder de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por dicha normativa». Por ejemplo, STJUE (Sala 4ª) de 26 de septiembre de 2013, asunto C-418/11, *Texdata Software GmbH*, ECLI:EU:C:2013:588.

¹¹⁷ IAMICELLI, P., «The “Punitive Nullity” of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12 (2023), nº 4, 142-150, p. 147. Un botón de muestra del impacto que puede tener cada ordenamiento jurídico nacional lo encontramos en la citada STJUE (Sala 1ª) de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, *LH y Profi Credit Slovakia s. r. o.*, ECLI:EU:C:2021:313, donde se plantea la aplicación de las reglas eslovacas sobre enriquecimiento injustificado contenidas en el art. 451.2 del Código civil ante la abusividad de una cláusula de gastos de aplazamiento de pago inserta en un contrato de crédito al consumo y unas indicaciones incorrectas sobre el TAE dadas al consumidor.

3.3. *Supuestos, alcance y valoración de la utilidad obtenida del capital*

En el ámbito del enriquecimiento injustificado cabe reclamar una restitución de todos los provechos obtenidos por el deudor incluso cuando lo entregado sea una cantidad de dinero. El consumidor puede exigir la devolución de cualquier utilidad que el profesional percibió del capital recibido a partir de una cláusula abusiva y que conforma el enriquecimiento de este sujeto.

La restitución comprenderá los intereses generados mediante la celebración de contratos de ahorro o la concesión de un préstamo a terceros y todos los demás ingresos resultantes de una inversión rentable del capital recibido. Si el profesional obtiene un rédito porque emplea el capital obtenido a raíz de una cláusula abusiva para comprar acciones de otra empresa, contratar un fondo de inversión, comprar un inmueble y explotarlo en forma de alquiler, o de otro modo, deberá restituir también el valor de esta utilidad al consumidor¹¹⁸. Los incrementos patrimoniales procedentes del rendimiento del capital son frutos en sentido jurídico (arts. 354 a 357 CC) y renta en sentido jurídico-económico¹¹⁹. De entrada, cualquier ventaja que proporciona el uso del capital deberá ser restituido al consumidor¹²⁰, a menos que el profesional deudor de la restitución posteriormente se desenriquezca de buena fe (*v.gr.* dispone de la utilidad obtenida y a cambio no obtiene un sustituto)¹²¹.

En consecuencia, de acuerdo con las reglas del enriquecimiento injustificado, la empresa o profesional debe entregar al consumidor los intereses devengados por una suma de dinero recibida sin fundamento legal. Como quedó expuesto, los intereses devengados por el uso de una cantidad de dinero ajena deberán ser restituidos como frutos a favor del consumidor cuando tienen su origen en una cláusula abusiva¹²². El factor decisivo en este caso son los ingresos reales obtenidos, o sea, los intereses reales

¹¹⁸ En ese sentido, HELMS, T., 2007, p. 106, aunque sin aludir al fenómeno de las cláusulas abusivas.

¹¹⁹ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III (*Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*), 5ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 936.

¹²⁰ Con relación al § 818 BGB alemán y fuera del ámbito de las cláusulas abusivas, BÜTTNER, H., 1970, p. 233.

¹²¹ BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 349-385. La mala fe del profesional podrá presumirse si empleó la cláusula a pesar de haber sido declarada abusiva por una jurisprudencia consolidada. En este sentido, STJUE (Sala 4ª), de 13 de julio de 2023, asunto C-35/22, CAJASUR Banco S. A., ECLI:EU:C:2023:569, apartado 32, o más recientemente, STJUE (Sala 9ª), de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21, Caixabank, S.A. y otros, ECLI:ECLI:EU:C:2024:81, apartado 58.

¹²² *Supra* § 2. La restitución de intereses devengados por el uso de cosa ajena es admitida por las doctrinas científica y jurisprudencial alemanas. HELMS, T., 2007, p. 104, como fruto indirecto del dinero que se obtiene sin justificación. En este punto el autor se hace eco del párrafo 3 del § 99 BGB.

devengados¹²³. Ciertamente, el importe de ingresos por intereses está sujeto significativamente a la influencia del deudor del enriquecimiento —la empresa o profesional predisponente de la cláusula abusiva—, ya que este decide la estrategia y forma para invertir el dinero que ha recibido. No obstante, si se considera correcto el concepto de frutos así entendido, los intereses devengados por una cantidad dineraria recibida por la empresa o profesional a raíz de una cláusula abusiva deberían ser restituidos como beneficios de uso del capital¹²⁴.

Frente a una opinión conforme a la que el acreedor del enriquecimiento injustificado únicamente tiene derecho a un reembolso del interés de inversión habitual, cabe objetar que este no existe; más bien, el interés de inversión varía según el tipo de inversión. Además, el deudor no debería abonar los intereses que, de otro modo, habría tenido que pagar si hubiera obtenido un préstamo. Para el cálculo de los intereses devengados por una suma de dinero recibida sin fundamento legal no debería tratarse al deudor del enriquecimiento como un hipotético prestatario¹²⁵. El interés de una inversión hipotética de dinero suele ser inferior al que habría que pagar en caso de un préstamo. Por tanto, el sujeto enriquecido debería restituir los ingresos generados por él efectivamente y en su totalidad¹²⁶.

El consumidor también debería poder reclamar el reembolso de los intereses que la empresa o profesional que empleó la cláusula abusiva se ahorró como consecuencia de

¹²³ Con relación a los §§ 99 III y 818 I BGB, BÜTTNER, H., 1970, p. 233; últimamente sigue el mismo criterio, SCHWAB, M., «§ 818 BGB: Umfang des Bereicherungsanspruchs», en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 7 (*Schuldrecht-Besonderer Teil IV*, §§ 705-853), Säcker, F.J., Rixecker R., Limperg, B. (Eds.), 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2024, 1693-1810, p. 1698.

¹²⁴ Sobre los intereses devengados por préstamos e inversiones, *ibidem*, p. 1699, para quien esto logra una clasificación coherente de los ingresos y ahorros de intereses cuando alguien dispone de una cantidad de dinero ajena, ya que estos ahorros no pueden reputarse como frutos sino únicamente como beneficios.

¹²⁵ En derecho inglés, LORD GOFF y LORD WOOLF sostuvieron en *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] A.C. 669, pp. 690-697, que las reclamaciones por enriquecimiento injustificado deberían alcanzar la oportunidad de utilizar el dinero recibido, cuyo valor debería cuantificarse planteando un préstamo hipotético de una suma equivalente suscrito por la parte demandada y preguntando qué intereses le habría cobrado entonces la prestamista. Estas opiniones disintieron de la mayoría en aquel caso, pero posteriormente fueron acogidas en *Sempra Metals Ltd v IRC* [2007] UKHL 34; [2008] 1 A.C. 561, apartados 4-25 a 29; y entonces LORD NICHOLLS además consideró que el ordenamiento jurídico debía limitar el importe a restituir a aquel que la parte demandada hubiera estado dispuesta a pagar por disponer del dinero en caso de haber podido elegir libremente (*subjective devaluation*). MITCHELL KC, C., MITCHELL, P. y WATTERSON, S. (Eds.), *Goff & Jones on Unjust Enrichment*, 10th ed., Sweet and Maxwell-Thomson Reuters. London, 2022, pp. 116-125.

¹²⁶ Con respecto al § 818 II BGB, SCHWAB, M., 2024, pp. 1699-1700.

disponer de la cantidad de dinero¹²⁷, puesto que el ahorro de un gasto constituye así mismo un enriquecimiento. La idea que el enriquecimiento puede consistir en el ahorro de gastos propios se aplica también a los usos¹²⁸. Si la empresa o profesional cumple una obligación pecuniaria con intereses mediante el dinero recibido en virtud de una cláusula abusiva, también obtiene beneficios. Estos beneficios consisten en que el receptor se ahorra intereses al pagar la deuda. Por tanto, lo que debe restituirse no es simplemente una tasa de interés objetivamente evaluada y apropiada para el uso del dinero de terceros, sino el ahorro de intereses real¹²⁹. Si la empresa o profesional asume la obligación pecuniaria con posterioridad a la recepción de la cantidad de dinero originada por la cláusula abusiva, entonces deberá restituir, en su caso, el interés de mercado que este sujeto habría tenido que abonar si hubiera tenido que pedir un préstamo para obtener la misma cantidad pecuniaria¹³⁰.

En definitiva, será la recepción de un valor —y no propiamente del dinero—aquello que enriquece (enriquecimiento fáctico)¹³¹. Los efectos restitutorios del enriquecimiento injustificado resultantes de una cláusula abusiva deberían regirse por unas reglas propias y, por tanto, ser distintos de los efectos restitutorios fundamentados en la nulidad contractual (art. 1303 CC) o el cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC). La ausencia de sistema y modernización del derecho de restituciones español no debería ser un obstáculo. De ahí que la presente investigación se aparta del planteamiento tradicional español, conforme al que quien recibe el dinero/cosa fungible corre con el riesgo de pérdida debiendo restituir el *tantundem* y, por ello, la restitución queda limitada al dinero y el interés legal.

Conforme a una visión tradicional, al fijar el Código civil de modo definitivo el riesgo en el precio (*genus nunquam perit*), no será restituible lo que por reemplazo del precio

¹²⁷ Fuera del ámbito de las cláusulas abusivas, BGH de 6 de marzo de 1988, V ZR 244/96. A propósito de la aplicación del § 818 I BGB alemán, HELMS, T., 2007, p. 104.

¹²⁸ ESSER, J., WEYERS, H.L., *Schuldrecht*, Band II (*Besonderer Teil*), 8 Auf., C.F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 102.

¹²⁹ En el derecho alemán se expresa en estos términos, SCHWAB, M., 2024, p. 1700.

¹³⁰ HELMS, T., 2007, p. 105.

¹³¹ La acción de enriquecimiento no tiene por objeto la restitución de un derecho. BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 163-181. En derecho inglés, CHAMBERS, R., «Two Kinds of Enrichment», en *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Chambers, R., Mitchell, C. y Penner, J. (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 242-278. También puede consultarse la regla modelo de la letra c) del art. VII.-3:101 DCFR. Contrástese con el enriquecimiento jurídico defendido en derecho español, por ejemplo, por BADOSA COLL, F., «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», en *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch Capdevila, E., (Ed.), Ed. Bosch, Barcelona, 2012, 71-137, pp. 112.114 y 119.

haya adquirido el *accipiens*¹³². Bajo este enfoque, lo subrogado es propiedad del predisponente de la cláusula abusiva (*accipiens*) si fue adquirido mediante un contrato válido y tradición (art. 609 CC), ya que el Código civil no exige ningún requisito más para la adquisición del dominio¹³³. Este sujeto no puede ser condenado a entregar al consumidor lo que adquirió con la cantidad de dinero recibida, el lucro obtenido con su uso o negociación (*commodum negotiatione*)¹³⁴. La restitución por el uso de capital ajeno, conforme a esta posición doctrinal, únicamente consiste en la correspondiente tasa del interés legalmente aplicable (*v.gr.* art. 1303 CC, entre otros preceptos legales)¹³⁵. Sin embargo, a mi modo de ver, una restitución favorable al consumidor también debería proceder si la inversión del predisponente que recibe una cantidad de dinero a partir de una cláusula abusiva conlleva la compra de un sustituto. Desde una estricta perspectiva del enriquecimiento injustificado, no existe ninguna razón para tratar estas formas de uso rentable del dinero de modo distinto a las inversiones que generan intereses «directamente»¹³⁶.

Situados en el terreno de un enriquecimiento injustificado moderno¹³⁷, los efectos restitutorios estarán relacionados únicamente con el valor obtenido por la empresa o profesional.

Por ese motivo, la presente investigación sostiene que una restitución de la utilidad del dinero obtenida por la empresa o profesional a raíz de una cláusula abusiva debería alcanzar las ganancias de capital, como sustituto que solo se adquiere mediante una transacción jurídica adicional (*commodum ex negotiatione*). En caso de inversión de la cantidad pecuniaria, el deudor del enriquecimiento, predisponente de la cláusula abusiva, obtiene unas ganancias que reemplazan la cantidad de dinero abonada originariamente por el consumidor. La reclamación de enriquecimiento injustificado debería basarse fundamentalmente en lo obtenido en el patrimonio del sujeto

¹³² CARRASCO PERERA, A., 1988, p. 71.

¹³³ *Ibidem*, pp. 70-73.

¹³⁴ En derecho español, en caso de ejercicio indebido del *ius disponendi* en que el adquirente de buena fe que confía en una apariencia jurídica recibe protección (art. 464 CC, art. 34 LH), el disponente *non domino* debe al *verus dominus* el producto obtenido con la disposición. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., 1988, pp. 126-127, con relación a la *condictio* de intromisión. Con todo, la misma doctrina exige que el enriquecimiento del «*commodum ex negotiatione*» sea experimentado por un deudor de una cosa cierta y determinada que la enajena a un tercero y obtiene de este modo un valor superior al cubierto por una obligación. Por todos, Díez-PICAZO, L., «*Commodum ex negotiatione*», *Anuario de Derecho Civil*, T. LX (2007), fasc. IV, pp. 1601-1617.

¹³⁵ OROZCO MUÑOZ, M., 2015, p. 307.

¹³⁶ HELMS, T., 2007, p. 106, hace la misma observación con relación al § 818 I BGB.

¹³⁷ *Supra* § 3.1.

enriquecido, e incluir también las ganancias de capital consistente en sustitutos contractuales¹³⁸.

Una opinión predominante en el derecho alemán mantiene que el *commodum ex negotiatione* constituye un desarrollo posterior de lo adquirido y que una restitución que alcanza el sustituto contractual en realidad no restablece las circunstancias originales. Razona que el sustituto contractual a menudo se logra a partir de una contribución personal del deudor del enriquecimiento; y que el beneficio individual tiene su origen en una nueva relación jurídica producida con posterioridad al proceso de enriquecimiento, no mediante el mismo¹³⁹.

Sin embargo, a mi juicio, deberían restituirse al consumidor afectado por una cláusula abusiva todos los rendimientos regulares económicamente esperados que el dinero recibido por la empresa o profesional sin fundamento jurídico genera al utilizarse, como renta de capital. El alcance de los beneficios del capital a restituir no debería estar vinculado al tipo de interés legal, estos pueden ser superiores o inferiores¹⁴⁰. El objeto de la obligación de restituir son todas las ventajas que la empresa o profesional que emplea la cláusula abusiva obtiene del dinero, directamente como beneficio de uso o indirectamente como renta¹⁴¹. Las ganancias de capital en forma de sustituto contractual también deberían ser objeto de restitución.

El objeto del enriquecimiento injustificado siempre abarca inicialmente el objeto que ha entrado en el patrimonio del sujeto enriquecimiento. Los problemas surgen cuando

¹³⁸ En el derecho alemán, defiende una aplicación del § 818 I BGB a los sustitutos contractuales, KOPPENSTEINER, H.G., «Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, (1971), nº 14, 588-595, p. 592-593; también, ESSER, J., WEYERS, H.L., 2000, p. 101, y SCHWAB, M., 2024, pp. 1699-1700.

¹³⁹ Sostiene que, mediante el proceso de enriquecimiento, el deudor ha adquirido, como máximo, la oportunidad de obtener una ganancia; y que, si el deudor estuviera obligado a entregar la ganancia al acreedor del enriquecimiento según la determinación subjetiva del valor, entonces tendría que entregar más de lo que realmente recibió mediante el proceso de enriquecimiento. Véase SEIZ, S., *Bereicherungsrecht, Vorteilsausgleichung und Schadensweiterwälzung*, Nomos, Tübingen, 2018, pp. 96-101 y 117-118, para quien los beneficios procedentes de una reventa no pueden exigirse como sustitutos en el sentido del § 818 I BGB y, de acuerdo con el sentido y la finalidad del § 818 II BGB, el valor de lo adquirido solo puede determinarse objetivamente. Esta visión niega que el producto que el deudor del enriquecimiento ha obtenido de una transacción jurídica sea un caso del § 818 II BGB («[...] *no está en condiciones de restituirlo* [lo obtenido] *por otros motivos* [...]») y en ese caso admite solamente un reembolso por el valor de mercado. Contrariamente, KELLMANN, C., *Grundsätze der Gewinnhaftung (Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, p. 131, interpreta que lo «obtenido» («*Erlangten*») no restituible en especie contemplado en el § 818 II BGB puede ser tanto el valor como la ganancia.

¹⁴⁰ BÜTTNER, H., 1970, pp. 233-234.

¹⁴¹ Fuera del ámbito de las cláusulas abusivas, KELLMANN, C., 1969, p. 159.

este objeto en sí mismo no puede ser restituido en especie. Entonces debe tomarse una decisión sobre el valor monetario a reembolsar, la suma de dinero o pagar, y aquí es donde los enfoques divergen. La presente investigación aboga por entender que el valor de lo adquirido no puede medirse únicamente a partir de criterios objetivos y debe hacerse en base a la utilidad de sus efectos sobre el patrimonio del sujeto enriquecido¹⁴². Si únicamente se restituye el valor de mercado del bien incorporado al patrimonio del sujeto enriquecido al tiempo de recibirlo, el ordenamiento jurídico ignora las oportunidades de desarrollo derivadas del proceso de enriquecimiento, aunque las mismas generalmente también incluyen circunstancias relacionadas con la persona y el patrimonio del sujeto enriquecido. Al fin y al cabo, en la actualidad existe un consenso general en que la funcionalidad del enriquecimiento injustificado reside en revertir un desplazamiento de valor entre personas carente de justificación para el ordenamiento jurídico. Partiendo de esta base, no se puede derivar ningún criterio para llevar a cabo una distinción fundamental entre una cantidad básica o valor objetivo de lo recibido originariamente -y, en su caso, sus frutos— y un valor que supera esa cantidad y que es igualmente medible como beneficio; y, de hecho, los usos también pueden constituir el objeto del enriquecimiento¹⁴³.

La llamada exoneración por empobrecimiento no debería alterar este enfoque. Si el acreedor del enriquecimiento injustificado asume todo el riesgo de que el importe obtenido en los activos del deudor sea inferior a su valor de mercado, es justo permitirle también obtener una restitución de ganancias. No cabe considerar que en el marco de una condición de cumplimiento (*Leistungskondition*) las partes acordaron una distribución de riesgos diferente¹⁴⁴, pues en realidad el ordenamiento jurídico declaró la ineficacia del acuerdo —en el caso estudiado, la invalidez de la cláusula contractual declarada abusiva—. Además, la autonomía de la voluntad juega un escaso papel en el ámbito de unas condiciones generales de la contratación y cualquier cláusula abusiva, por definición, será contraria a las exigencias de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU).

¹⁴² En derecho inglés, MITCHELL KC, C., MITCHELL, P. y WATTERSON, S., 2022, pp. 116-125, adoptan un planteamiento que confiere un viso subjetivo a la valoración de la utilidad obtenida del dinero; también, LOODER, A.V.M., *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2012, pp. 96-97.

¹⁴³ Emplean estos argumentos, ESSER, J., WEYERS, H.L., 2000, pp. 92-95, quienes además critican que el valor de mercado opere simplemente porque lo recibido no puede entregarse específicamente al ser reemplazado por otra cosa. Con todo, los autores matizan que no procede restituir los aumentos de patrimonio que se hubieran producido incluso sin el proceso de enriquecimiento.

¹⁴⁴ Así lo afirma SEIZ, S., 2018, pp. 112-113 con respecto al régimen del § 818 III BGB.

Evidentemente, una restitución de la utilidad obtenida del capital abonado injustificadamente en base a una cláusula abusiva a veces planteará dificultades por lo que respecta a establecer el origen de la transmisión del valor en el consumidor como sujeto reclamante de la restitución. Quienes defienden llevar a cabo una valoración objetiva rechazan una responsabilidad cuando el beneficio es atribuible a circunstancias específicas del deudor del enriquecimiento injustificado, como su reputación empresarial, conocimientos técnicos o de oportunidades del mercado, circunstancias que descartan al determinar una restitución por el valor de mercado¹⁴⁵. Por el contrario, la visión doctrinal que aboga por una valoración subjetiva —y que sigue la presente investigación— atribuye una importancia decisiva a un valor concreto e individual que debe determinarse a partir del beneficio que aporta en el patrimonio del deudor.

Entonces esta última opinión limita «causalmente» el alcance de la restitución. Si el propio sujeto enriquecido contribuye a la ganancia, la misma debe distribuirse en proporción a los valores de contribución individuales, como sucede en el derecho societario, se afirmará¹⁴⁶. Se razona así mismo que la obligación de restitución abarca, en sentido general, todos los rendimientos y beneficios regulares económicamente esperados que el dinero obtenido sin fundamento legal por el receptor genera al utilizarse como «capital» —en otras palabras, la «renta de capital»—, a diferencia de otros tipos de ganancias e ingresos, de modo que las ganancias basadas en servicios personales del receptor, la especulación o la pura casualidad no se consideran restituibles¹⁴⁷. La doctrina que aboga por realizar una valoración subjetiva del enriquecimiento juzga adecuado, aunque muy difícil, delimitar qué parte del beneficio es imputable al negocio y qué parte a la actividad o a las capacidades del sujeto enriquecido¹⁴⁸.

Sin negar la complicación, a nuestro juicio debería tomarse en consideración la circunstancia de que el consumidor se halla en situación de inferioridad frente al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Esta situación le lleva a adherirse a unas condiciones redactadas de antemano sin poder influir en su contenido¹⁴⁹, con el consiguiente aprovechamiento de la situación por parte del sujeto reclamado, y debería actuar como criterio para

¹⁴⁵ A propósito del § 818 II BGB, *ibidem*, pp. 107-111.

¹⁴⁶ KELLMANN, C., 1969, p. 159.

¹⁴⁷ BÜTTNER, H., 1970, p. 233.

¹⁴⁸ A propósito del § 818 I BGB, ESSER, J., WEYERS, H.L., 2000, pp. 92-95.

¹⁴⁹ Sobre las razones para proteger a los consumidores con respecto a las cláusulas abusivas, por ejemplo, STJUE (Sala 4ª) de 3 de septiembre de 2015, C-110/14 Costea, ECLI:EU:C:2015:538, apartado 18.

establecer la apropiación de valor que tiene lugar en el supuesto estudiado¹⁵⁰. Cuanto mayor sea la vulnerabilidad del consumidor que se adhiere a unas condiciones generales de la contratación, mayor probabilidad debería existir para hacer responder a empresas y profesionales por los beneficios más remotos. Desde luego, en mi opinión no se trata simplemente de concluir que la utilidad no fue debida al dinero recibido en virtud de la cláusula abusiva sino a la posición que ocupa la empresa o profesional en el mercado y que, por esa razón, no forma parte del enriquecimiento de este sujeto.

Otro desafío derivado de aplicar las reglas del enriquecimiento injustificado al ámbito de las cláusulas abusivas será en materia de prueba: el enfoque planteará mayores dificultades probatorias al consumidor que una reclamación de reintegro del interés legal. Solamente se deben restituir las ventajas realmente obtenidas y el consumidor deberá probar el beneficio obtenido por la empresa o profesional a partir del capital recibido y su alcance. El dinero tiende a perder rápidamente su identificación para siempre en el patrimonio del deudor del enriquecimiento. Por lo general, resulta imposible o muy difícil reconstruir desde el principio y en detalle, después de años, el uso que una empresa o profesional hizo de una determinada cantidad pecuniaria e identificar, en su caso, los sustitutos¹⁵¹.

Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán y, tras ella, la doctrina científica, han reconocido la necesidad de facilitar la práctica de la prueba. Basándose en la experiencia de vida, se puede suponer que un comerciante cobrará intereses por el capital recibido¹⁵², o considerar como algo natural que una entidad de crédito realizará una inversión de dinero remunerada. En consecuencia, estos sujetos no pueden oponerse a una demanda de restitución por enriquecimiento argumentando que el demandante debe probar con precisión el beneficio obtenido por el demandado¹⁵³. La presunción de uso del capital según la experiencia de vida llevó al Alto Tribunal a establecer como valor a restituir el incremento de rendimiento económico experimentado por un restaurante que empleó el capital de un préstamo obtenido de una cervecería para renovar las instalaciones, tras la revocación de un contrato de suministro de cerveza celebrado entre ambas empresas; y a suponer que ese valor fue como mínimo igual al precio de mercado habitual para la obtención del

¹⁵⁰ Una relación de dependencia, confianza, vulnerabilidad económica, discapacidad, o falta de experiencia del sujeto reclamante deberían actuar como criterios para establecer si concurre una apropiación del valor por parte del profesional en un enriquecimiento injustificado, BECH SERRAT, J.M., 2019, pp. 213-218.

¹⁵¹ BÜTTNER, H., 1970, p. 233-234.

¹⁵² HELMS, T., 2007, p. 104.

¹⁵³ BÜTTNER, H., 1970, p. 234.

capital prestado (7,8 por 100)¹⁵⁴. Si el receptor del dinero recibido en virtud de un préstamo nulo utiliza la suma dineraria como recurso operativo en su actividad comercial según lo previsto, la experiencia de vida sugiere que ha obtenido una ventaja económica y la misma deberá ser cuantificada¹⁵⁵. Tribunales y doctrina alemanes suponen que el sujeto enriquecido por la obtención de dinero se habrá beneficiado de al menos los intereses bancarios habituales¹⁵⁶, presumen que la cantidad de dinero invertida por un deudor comercialmente activo tuvo lugar a tipos de interés normales del mercado. En determinadas circunstancias se puede presumir un uso real del dinero en la medida habitual, especialmente en el caso del capital de un préstamo utilizado como recurso de una empresa, o de reclamaciones por la devolución de valores que devengan intereses¹⁵⁷. Los tipos de interés normales del mercado serán utilizados para valorar el uso del dinero, basándose en la experiencia de vida. En el caso de los comerciantes, se presume hasta cierto punto que invirtieron el capital adquirido para ganar intereses cuando no puede probarse cómo fue utilizado el capital¹⁵⁸.

Este criterio interpretativo tendrá particular relevancia en reclamaciones de dinero realizadas por consumidores a entidades bancarias por cláusulas abusivas. Si una entidad de crédito ha obtenido una suma dineraria sin justificación jurídica, está obligada a devolver cualquier beneficio en la medida en que haya podido utilizar el importe recibido. Según un sector de la doctrina científica alemana, existe la presunción de que una entidad de crédito ha obtenido un beneficio equivalente al 5 por 100 por encima del interés base¹⁵⁹.

Es plausible suponer que cualquier entidad bancaria sacará una utilidad del dinero obtenido a partir de una cláusula abusiva por un montante superior al interés remuneratorio habitual. Precisamente, la obligación de pagar el interés legal del dinero incrementado en el 50 por 100 impuesta al empresario que no contribuye a una solución consensuada de una controversia basada en una cláusula declarada nula por abusiva, establecida en el art. 19.1 TRLGDCU a partir de la redacción resultante de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, asume esta realidad como premisa. De ahí que la determinación de un tipo de referencia general aplicable requiere una mirada a los principales tipos de

¹⁵⁴ BGH de 4 de diciembre de 1996, VIII ZR 360/95.

¹⁵⁵ SCHWAB, M., 2024, p. 1701.

¹⁵⁶ Con respecto a la utilización del capital de un préstamo ineficaz, sentencia del *Reichsgericht* alemán de 27 de abril de 1936, IV 14/36, RGZ 151, 123, 127. Por su lado, BGH de 30 de noviembre de 1960, V ZR 131/59, NJW nº 1961/10, pp. 452-453. Entre la doctrina científica, KOPPENSTEINER, H.G., 1971, p. 593.

¹⁵⁷ SCHULZE, R. (Ed.), *Handkommentar-Bürgerliches Gesetzbuch*, 12. Auf., Baden Baden, 2024, p. 1478.

¹⁵⁸ BGH 5 de julio de 2006, VIII ZR 172/05, NJW 39/2006, 2847-2854, p. 2853.

¹⁵⁹ SCHWAB, M., 2024, p. 1702.

negocios activos de las entidades de crédito y a la evolución de los tipos de interés del mercado monetario y de capitales¹⁶⁰.

En este sentido resulta destacable la sentencia de 12 de mayo de 1998 del Tribunal Supremo alemán que, siguiendo esta doctrina científica con respecto a las comisiones cobradas en una compra de opciones en bolsa que deviene ineficaz, consideró que el hecho de que el banco demandado hubiese invertido la cantidad de dinero obtenida por comisiones para ganar intereses se correspondía a una experiencia de vida, el llamado interés de reinversión; y declaró, además, que la utilidad del dinero obtenida por entidades de crédito (§ 818 I BGB) se podía calcular a un tipo de interés del 5 por 100 por encima de la tasa de descuento respectiva del *Bundesbank* alemán¹⁶¹, sin capitalizar los intereses¹⁶². A falta de información suficiente para calcular el interés medio de reinversión, según la resolución judicial, el importe del tipo de interés debía calcularse, con arreglo al § 287 I del Código de Procedimiento alemán (*Zivilprozessordnung*, ZPO), teniendo en cuenta el nivel general de los tipos de interés y las variaciones experimentadas en el período en que la entidad bancaria tuvo disponible el importe para la inversión¹⁶³. En palabras de la misma resolución judicial:

«[...] la experiencia ha demostrado que un tipo de interés del 5 por 100 por encima de la tasa de descuento correspondiente no es insignificamente inferior a los tipos de interés que los bancos suelen cobrar por los préstamos en cuenta corriente o incluso para los préstamos a plazos»¹⁶⁴.

En la actualidad el cálculo de los importes restituibles por la utilidad obtenida del capital podría realizarse en base a los tipos de interés actualmente vigentes (p.ej. Euribor, tipo SRF¹⁶⁵) más un porcentaje de recargo, a partir de una aplicación de las

¹⁶⁰ La concesión de crédito es claramente la prioridad para los bancos comerciales. BÜTTNER, H., 1970, pp. 234-235, quien estimó los ingresos por intereses regulares obtenidos por una entidad de crédito en no menos de un 6,5 por 100 anual, a la vista de estadísticas del *Deutschen Bundesbank*.

¹⁶¹ La tasa de descuento es una aproximación financiera que define el valor presente de una suma futura y la vigente en Alemania desde 19 de abril de 1996 hasta 31 de diciembre de 1998 fue del 2,5 por 100.

¹⁶² BGH de 12 de mayo de 1998 – XI-ZR 79/97, NJW 34-1998, pp. 2529-2531. La sentencia fue mencionada recientemente en SCHULZE, R., 2024, p. 1478, para exponer cómo los tribunales alemanes restituyen las utilidades obtenidas conforme al § 818 I BGB.

¹⁶³ Si un banco no quiere aceptar la exigencia de su cliente de un interés de uso del 5 por 100 por encima de la tasa de descuento actual, añadió la misma sentencia, es libre de presentar pruebas fundamentadas de la cantidad más baja de interés de uso que ha cobrado, indicando sus gastos de intereses y caídas del tipo de interés.

¹⁶⁴ A este respecto, la misma sentencia se remitió a la parte estadística de los informes mensuales del *Deutsche Bundesbank* sobre préstamos en cuenta corriente y a plazos.

¹⁶⁵ El tipo de interés de facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo (SRF) es el que pagan los bancos cuando piden prestado al Banco Central Europeo a un día. A partir de 1 de enero de 2002 la tasa de descuento del *Deutsche Bundesbank* fue sustituida por el tipo de interés básico según el § 247 BGB.

reglas sobre facilidad probatoria. Además, aunque la entidad de crédito opera en un nivel de mercado muy distinto a aquel en que se mueve una persona consumidora, no existe razón alguna para que aquella pueda quedarse con el exceso de utilidad; ni hay ningún motivo para aplicar el ahorro de gastos como criterio de moderación en el cálculo del valor objetivo del enriquecimiento cuando la entidad de crédito consintió la obtención de la cantidad de dinero a raíz de la cláusula abusiva y no fue de buena fe (art. VII.-5:102 DCFR)¹⁶⁶. A menos que no concurra este consentimiento o bien la entidad de crédito sea de buena fe, cabe entender que no procederá dicha moderación, ni siquiera será razón suficiente el esfuerzo económico de la entidad para la creación y el mantenimiento de su propia organización¹⁶⁷.

En cualquier caso, sin duda las reglas sobre facilidad probatoria a que se refiere el apartado 7 del art. 217 LEC deberían jugar un papel importante a la hora de restituir la utilidad obtenida por el capital en base a un enriquecimiento injustificado de la empresa resultante del empleo de una cláusula abusiva. En uno de los ejemplos anteriores, si el restaurante emplea el capital del préstamo íntegramente a instalar unas máquinas tragaperras en el establecimiento y cuyo coste coincide con la cantidad de dinero recibida, la cervecería prestamista no tendrá ninguna posibilidad de acreditar los ingresos obtenidos por la explotación de las máquinas sin la colaboración del restaurante. En materia de cláusulas abusivas, es al consumidor a quien corresponde la carga de probar la certeza de utilidad conforme a las reglas ordinarias si pretende la restitución (apartado 2 del art. 217 LEC), aunque el tribunal debería tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes del litigio. Además, la rentabilidad alcanzada a partir de una cantidad de dinero a raíz de una cláusula abusiva eventualmente podrá acreditarse en un procedimiento judicial por medio del ejercicio de un deber de exhibición documental entre partes (arts. 328 y 329 LEC) o, si es conveniente, de exhibición documental por terceros (art. 330 LEC).

Ni que decir tiene que una restitución por enriquecimiento en los términos que fueron expuestos sería acorde con el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva (*status quo ante*). Una restitución de ese valor, además, podría disuadir a los profesionales de emplear cláusulas abusivas.

¹⁶⁶ Sobre la aplicación del criterio del ahorro de gastos como criterio reductor del alcance de la restitución, véase la regla modelo del art. VII.5:101(5) del Marco Común de Referencia y los comentarios del STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y ACQUIS GROUP, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, München, 2009, p. 3904.

¹⁶⁷ En cuanto al nivel de mercado como criterio para establecer el alcance de la restitución, HELMS, T., 2007, pp. 85-86.

La última cuestión que plantea el presente trabajo se refiere a cómo debe relacionarse el derecho del consumidor a la restitución de las utilidades del capital obtenido por el profesional a raíz de una cláusula abusiva con el derecho de aquel sujeto a reclamar el pago de los intereses devengados.

3.4. Concurrencia entre el reembolso de las utilidades del capital y un derecho a reclamar el interés devengado con arreglo al nuevo art. 19.1 TRLGDCU

La cantidad de dinero a restituir a favor del consumidor por las utilidades obtenidas del capital no estará predeterminada sino que se liquidará a partir de la valoración del enriquecimiento producido. Como es conocido, las deudas de valor pueden tener una función restitutoria. Aunque el dinero será una cosa fungible, para determinar la cantidad a abonar únicamente se considerará el valor económico del enriquecimiento que el dinero pretende «representar» en un momento determinado. La deuda se registrará por un principio valorista y la primera reclamación extrajudicial o judicial actuará como el momento en que se calcula el valor de las utilidades del capital¹⁶⁸. El criterio contrastará con el momento de la pérdida de la cosa como momento establecido por el art. 1307 CC para llevar a cabo la valoración de la prestación a restituir por nulidad contractual («el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha»).

Esto significa que si el enriquecimiento del profesional que empleó la cláusula declarada abusiva tuvo un valor de 10.000 euros al tiempo de producirse, la misma deberá restituir la suma que en el momento de la reclamación extrajudicial o judicial del consumidor sea equivalente a los 10.000 euros del momento de producirse el enriquecimiento. Su importe se corresponderá al de la liquidación acordada por las partes (p.ej. enriquecido y reclamante de restitución acuerdan que el enriquecimiento tiene un valor de 11.000 €) o, en última instancia, será fijada por sentencia judicial a partir de la cantidad reclamada. Ni que decir tiene que el interés legal del dinero actuará como principal parámetro para establecer la evolución experimentada por la capacidad adquisitiva del dinero que transcurre desde que se produce el enriquecimiento hasta el momento de la reclamación del consumidor.

¹⁶⁸ Sobre los distintos criterios empleados por la doctrina científica y jurisprudencia alemanas para establecer el momento en que se calcula el valor del enriquecimiento, KOPPENSTEINER, H.G., 1971, pp. 588-595.

Ahora bien, el consumidor que reclama una indemnización por mora tras el pago de una cantidad de dinero a propósito de una cláusula abusiva en un futuro deberá regirse por los parámetros contenidos en el art. 19.1 TRLGDCU —en la redacción resultante de la Ley orgánica 1/2025 de 2 de enero— en orden a establecer el interés devengado cuando el empresario no contribuye a una solución consensuada de la controversia.

Una restitución por el enriquecimiento producido por las utilidades obtenidas de una cantidad de dinero abonada con arreglo a una cláusula abusiva aborda la misma cuestión desde una perspectiva jurídica diferente. Desde un punto de vista económico no importa si se consideran las ventajas del deudor (enriquecimiento injustificado) o las desventajas del acreedor (el interés moratorio del art. 19.1 TRLGDCU como indemnización de daños y perjuicios), aunque puede haber diferencias considerables en el alcance y la aplicabilidad de estas reclamaciones. A mi juicio no cabe admitir ninguna concurrencia acumulativa entre una restitución de las utilidades del capital y el derecho del consumidor a percibir el abono del interés devengado. Más bien el consumidor deberá decidir si reclama una restitución de las utilidades del capital en base a un enriquecimiento injustificado, o bien el pago del interés devengado con arreglo a los criterios del art. 19.1 TRLGDCU (*v.gr.* indemnización por mora), en función de lo que más le convenga en el caso concreto. Sin duda, si el consumidor tiene conocimiento de que el profesional que empleó una cláusula abusiva no obtuvo rédito del dinero recibido o este fue escaso, entonces será mejor que reclame el pago de intereses con arreglo a la nueva regulación¹⁶⁹.

4. CONCLUSIONES

Una modernización de la figura del enriquecimiento injustificado en el ordenamiento jurídico español permitiría su aplicación para restituir la utilidad del dinero obtenida por la empresa o profesional que emplea una cláusula abusiva. Esta restitución no es posible cuando el consumidor ejerce una acción de nulidad contractual o cobro de lo indebido. Entonces la restitución queda limitada a la cuantía que fue pagada por exceso y un porcentaje en concepto de interés legal devengado (arts. 1303 y 1896 I CC); sin perjuicio de una eventual aplicación de los parámetros para establecer el alcance del

¹⁶⁹ Una misma solución fue propugnada en el derecho alemán con respecto a una eventual acumulación entre el interés moratorio y el interés procesal con respecto a una restitución de la utilidad del capital por enriquecimiento injustificado. BÜTTNER, H., 1970, p. 236. Citó esta doctrina científica, por ejemplo, la antedicha BGH de 12 de mayo de 1998 – XI-ZR 79/97, NJW 34-1998, p. 2531. El § 292 BGB establece una responsabilidad mínima, de modo que el acreedor solamente puede reclamar intereses procesales (§ 291 BGB) o moratorios (§ 288 BGB) si el importe de una restitución de las utilidades del capital es inferior.

interés devengado contenidos en el art. 19.1 TRLGDCU en la redacción resultante de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, cuando el empresario no contribuya a una solución consensuada de la controversia.

Resulta clave considerar que los intereses obtenidos o ahorrados por la empresa o profesional u otros ingresos resultantes de una inversión rentable del capital recibido o ahorro de gastos constituyen un supuesto de *condictio* de prestación y dan origen a un enriquecimiento fáctico, incluidos los sustitutos contractuales. La presente investigación sostuvo que la transmisión de un valor será lo relevante. No lo serán las reglas sobre transmisión de un derecho, ni las relativas a la asignación del riesgo de pérdida de cosas fungibles, ni las de liquidación de la situación posesoria, ni siquiera el art. 455 CC, las cuales tradicionalmente fueron empleadas para excluir la restitución del lucro, utilidad o beneficio que la persona obligada a restituir obtuvo con el dinero.

El asunto *Bank M.* resuelto recientemente por el TJUE puso de manifiesto la posibilidad de admitir un enriquecimiento por una «utilización de fondos durante un determinado período sin fundamento jurídico», y de proceder a la restitución de la utilidad del dinero con arreglo a la figura estudiada en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. El Tribunal de Luxemburgo traza unos parámetros a los que las legislaciones y jurisprudencias nacionales deben ajustarse y el empleo del enriquecimiento injustificado en este contexto sería acorde con los principios de efectividad y proporcionalidad, tendría un carácter disuasorio y permitiría garantizar una protección judicial efectiva de los consumidores (art. 47 CDFUE), particularmente en lo que atañe al cumplimiento del art. 6.1 de la Directiva 93/13 en relación con el art. 7.1.

Con todo, de los resultados del trabajo se deduce que una aplicación de las reglas del enriquecimiento injustificado en el ámbito de las cláusulas abusivas resulta complicada. Por un lado, los argumentos expuestos en la presente investigación contrastan con unas construcciones doctrinales y jurisprudenciales sólidamente asentadas. El recurso a la acción de nulidad contractual o el cobro de lo indebido encuentra explicación en las dificultades que tiene el enriquecimiento injustificado para encontrar su sitio en el ordenamiento jurídico. Si existen muchos interrogantes de calado sobre cuáles son los presupuestos de esta institución, difícilmente la misma podrá resultar operativa para establecer las consecuencias de declarar la abusividad de una cláusula. Sin duda en este contexto podrá tener una mejor acogida la idea de liquidar los contratos ineficaces únicamente en base al derecho de contratos; y tampoco ayudan a perfilar la figura las reglas modelo sobre enriquecimiento injustificado contenidas en el libro VII del DCFR,

ni la circunstancia que la misma nunca haya sido objeto de un derecho europeo uniforme.

Ahora bien, fundamentar la restitución en las reglas contractuales resulta controvertido en el marco de las condiciones generales de contratación. Difícilmente cabe atribuir efectos al contrato cuando la cláusula es declarada nula por abusiva, ni se puede reconocer efectividad a una autonomía de la voluntad de los contratantes que en este ámbito brilla por su ausencia. Más bien debería tomarse en consideración la circunstancia de que el consumidor se halla en situación de inferioridad frente al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. A mi juicio, sería preferible restituir el valor de una utilidad obtenida del dinero asumiendo que la transmisión de ese valor fue impuesto a un consumidor que se adhirió a unas condiciones redactadas de antemano sin poder influir en su contenido.

Por otro lado, este trabajo no ignora en absoluto el desafío probatorio que conlleva una aplicación de las reglas de enriquecimiento injustificado para establecer el alcance de la restitución ante una cláusula abusiva. La operatividad práctica del planteamiento expuesto podrá verse afectada particularmente cuando el dinero no es objeto de una única inversión concreta y la utilidad no puede ser calculada con facilidad. El cálculo de la rentabilidad alcanzada a raíz de una cláusula abusiva en el ámbito de las entidades de crédito constituirá un auténtico reto en ese sentido; si bien las eventuales dificultades para probar el lucro a restituir podrían verse reducidas tomando en consideración el criterio de la experiencia de vida empleado en el derecho alemán en el marco de una aplicación de las reglas sobre facilidad probatoria a que se refiere el apartado 7 del art. 217 LEC y, eventualmente, haciendo efectivo un deber de exhibición documental entre partes (arts. 328 y 329 LEC) o exhibición documental por terceros (art. 330 LEC). Además, los tipos de interés normales del mercado podrían ser utilizados para valorar el uso del dinero realizado por una empresa o profesional o incluso, en el caso de las entidades de crédito, cabría realizar el cálculo de los importes restituibles en base a los tipos de interés actualmente vigentes (p.ej. Euribor, tipo SRF) más un porcentaje de recargo.

La restitución de la utilidad del capital por el enriquecimiento injustificado del profesional que emplea una cláusula abusiva no debería acumularse en ningún caso a un abono del interés devengado, calculado con arreglo a los nuevos criterios establecidos en el art. 19.1 TRLGDCU, como indemnización por mora del empresario. Como ocurría con los intereses moratorios (arts. 1108 y 1109 CC) o procesales (art. 576

LEC), estas instituciones abordan la misma cuestión desde perspectivas jurídicas diferentes y son incompatibles desde un punto de vista económico.

En todo caso, la legislación, la doctrina científica y la jurisprudencia españolas deberían afrontar las dificultades existentes para restituir a favor del consumidor la utilidad del dinero obtenida por parte de una empresa o profesional que se enriquece injustificadamente a raíz de una cláusula abusiva.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *Almacén de Derecho*, 21 de diciembre de 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo> [Consulta: 24 julio 2024].

BADOSA COLL, Ferran, «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», en *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch Capdevila, E. (Ed.), Ed. Bosch, Barcelona, 2012.

BASEDOW, Jürgen, «§306 BGB: Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit», en Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H. y Limperg, B. (Eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, 8ª ed., C.H.Beck, München, 2019, pp. 1320-1339.

BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

- «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2018), nº 4, pp. 1-54.
- «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: Pautas para salir de un atolladero», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6 (2019), nº 2, pp. 99-167.

BECH SERRAT, Josep Maria, *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

BELLO TORRES, Leticia y FARIÑA FARIÑA, Rebeca, «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos: ¿Derecho de contratos o cobro indebido?», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV (2017), nº 2, pp. 153-190.

BÜTTNER, Hermann, «Der Anspruch auf Herausgabe von Kapitalnutzungen», *Der Betriebs-Berater*, (1970), nº 6, pp. 233-237.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2017), nº 1, pp. 1-32.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. III (2016), nº 4, pp. 103-123.

CARRASCO PERERA, Ángel F., «Restitución de provechos (II)», *Anuario de Derecho Civil*, T. XLI (1988), fasc. 1, pp. 5-151.

- *Derecho de contratos*, 4ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CHAMBERS, Robert N., «Two Kinds of Enrichment», en *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Chambers, R.N., Mitchell, C. y Penner, J. (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 242-278.

CORLETT, Francesca, «Towards a Protective Condictio? The Bank M Case in the Prism of Restitutory Remedies: A Reconstructive Proposal», *European Review of Contract Law*, vol. 20 (2024) nº 2, pp. 155-187.

DESCHEEMAER, Eric, «El nuevo Derecho francés del enriquecimiento injustificado», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, del Olmo García, P. y Basozabal Arrue, X. (Dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 121-167.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Art. 1303», en *Comentarios del Código Civil*, Paz-Ares, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R. y Salvador, P. (Dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T. II, pp. 550-553.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, de la Cámara, M. y Díez-Picazo, L., Civitas, Madrid, 1988, pp. 13-133.

- «Commodum ex negotiatione», *Anuario de Derecho Civil*, T. LX (2007), fasc. IV, pp. 1601-1617.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III (*Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*), 5ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

ESPOSITO, F., «Loans and the Unfair Contract Terms Directive after C-472/20 Lombard— Where Are We Now?: Case Note on Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt. V. PN, Judgment of the Court of Justice (Sixth Chamber) of 31 March 2022 (Case C-472/20, EU:C:2022:242)», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, nº 6, 2022, pp. 223-227.

ESSER, Josef, WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht*, Band II (*Besonderer Teil*), 8 Auf., C.F. Müller, Heidelberg, 2000.

HELMS, Tobias, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

IAMICELLI, Paola, «The “Punitive Nullity” of Unfair Terms in Consumer Contracts and the Role of National Courts: A Principle-Based Analysis», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12 (2023), nº 4, pp. 142-150.

KELLMANN, Christof, *Grundsätze der Gewinnhaftung (Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969.

KOPPENSTEINER, Hans-Georg, «Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, (1971), nº 14, pp. 588-595.

LOODER, Andrew V.M., *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2012.

MITCHELL KC, C., MITCHELL, P. y WATTERSON, S. (Eds.), *Goff & Jones on Unjust Enrichment*, 10th ed., Sweet and Maxwell-Thomson Reuters. London, 2022.

OROZCO MUÑOZ, Martín, *El enriquecimiento injustificado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

PAVILLON, C., «Effective Judicial Protection, Private Enforcement and the Reshaping of Substantive Remedies», en Micklitz, H.W. y Twigg-Flesner, C. (Eds.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Hart, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2023, pp. 66-80

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RUIZ ARRANZ, Antonio I., «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. Una necesaria reordenación dogmática», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2020), nº 1, pp. 56-141.

- *La estructura de la restitución contractual*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

SCHWAB, Martin, «§ 818 BGB: Umfang des Bereicherungsanspruchs», en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 7 (*Schuldrecht-Besonderer Teil IV*, §§ 705-853), Säcker, F.J., Rixecker R., Limperg, B. (Eds.), 9 Auf., C.H. Beck, München, 2024, pp. 1693-1810.

SCHULZE, Reiner (Ed.), *Handkommentar-Bürgerliches Gesetzbuch*, 12. Auf., Baden Baden, 2024.

SEIZ, Sarah, *Bereicherungsrecht, Vorteilsausgleichung und Schadensweiterwälzung*, Nomos, Tübingen, 2018.

SOLER PRESAS, Ana, «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXI (2018), fasc. IV, pp. 1227-1276.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y ACQUIS GROUP, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, München, 2009.

TORT-MARTORELL, Carmen, «Notas sobre el enriquecimiento injustificado: bases romanísticas y su desarrollo en el derecho español», en *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. 7, Piro, I. (Coord.), Libellula Edizioni, Tricase, 2016, pp. 233-261.

VENDRELL CERVANTES, Carles, «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, del Olmo García, P. y Basozabal Arrue, X. (Dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 283-337.

WENDEHORST, Christiane, «Ungerechtfertigte Bereicherung», en *Der Akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, Schulze, R. Von Bar, C., Schulte-Nölke, H. (Eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard, «Rückabwicklung nach Widerruf», en *Revision des Verbraucher-acquis*, Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H.C., Jansen, N., Wagner, G., Zimmerman, R., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

ZUMAQUERO GIL, Laura, «La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Civil*, vol. V (2018), nº 2, pp. 149-191.

Fecha de recepción: 13.01.2025

Fecha de aceptación: 23.06.2025