

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2023 (1216/2023)***

Cerrojazo a la pretensión indemnizatoria posterior basada en la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y en la doctrina del enriquecimiento injusto: ejecución hipotecaria sin control de abusividad determinante de la pérdida de la vivienda por adjudicación con efectos solutorios al acreedor en el año 2012. Requisitos.

Comentario a cargo de:
BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho procesal
Universidad Complutense

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2023

ROJ: STS 3598/2023 – **ECLI:ES:TS:** 2023: 3598

ID CENDOJ: 28079119912023100012

PONENTE: EXCMO. SR. DON JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Asunto: Esta sentencia se centra, sobre todo, en la figura del enriquecimiento injusto aplicada a la adjudicación forzosa del bien hipotecado en favor del predisponente *ex* artículo 671 LEC en el marco de una ejecución hipotecaria basada en escritura de contrato con cláusulas abusivas –la del vencimiento anticipado,

* Este trabajo es fruto del proyecto de investigación titulado “Eficiencia y acceso a la justicia en tiempos de austeridad” (PID2021-122647NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

entre ellas— ya concluido en el año 2012 sin posibilidad alguna del debido control judicial de la Directiva 93/13. Por un lado, la Sala no admite efectos indemnizatorios basados en la propagación de la nulidad —declarada en firme— de la cláusula de vencimiento anticipado. Y por otro lado, toda la atención la acapara el enriquecimiento injusto para hacer él el fundamento jurídico hacia el que derivar las pretensiones indemnizatorias basadas en la pérdida del bien hipotecado en favor de la adjudicación al ejecutante.

En la senda de las SSTs 215/2015 y 152/2020, la Sala admite la subsidiaria y especial aplicación de esta figura, que abre al supuesto —aquí planteado— de adjudicación de efectos solutorios, a condición de que «*tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante*». No deja, además, la Sala de configurar el marco jurídico alternativo de las pretensiones indemnizatorias del consumidor. Pero se echa en falta una verificación de la compatibilidad de la doctrina aquí sentada con los postulados del principio de efectividad de la Directiva 93/13.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. *Doctrina sobre el objeto y los requisitos del allanamiento: acto expreso, claro, inequívoco e individualizado*. 5.2. *Correcta caracterización del allanamiento como acto de objeto individualizado en el marco de un proceso con pluralidad de objetos*. 5.3. *Valoración crítica de la decisión del Tribunal sobre el allanamiento*. 5.3.1. La falsa *questio facti* sobre la determinación de la voluntad de la parte demandada y el objeto del allanamiento. 5.3.2. Deseable examen de la aplicabilidad de la regla *nemo auditur propiam* en los recursos. 5.3.3. Existencia de infracción procesal *in procedendo* del artículo 21.2 LEC y el carácter arbitrario de la asunción de la instancia en apelación: privación de una instancia. 5.4. *Delimitación del recurso de casación y el planteamiento conjunto de los motivos*. 5.4.1. Interpretación restrictiva del objeto del proceso. 5.4.2. Confusión entre el *petitum* y la causa de pedir de las pretensiones resarcitorias objeto del proceso declarativo del artículo 698 LEC. 5.5. *Sobre la inoponibilidad de la nulidad frente a la transmisión forzosa del inmueble en favor del ejecutante: omisiones y quiebros lógicos*. 5.6. *El enriquecimiento injusto relacionado con la adjudicación forzosa de bienes al acreedor ex artículo 671 LEC*. 5.6.1. El «aggiornamento» del enriquecimiento sin causa en materia de adjudicación *ex artículo 671 LEC*. 5.6.2. Los valores de adjudicación y la generación de plusvalías muy significativas en breve lapso. 5.6.3. Sobre la restitución basada en la proscripción —en general— del enriquecimiento sin causa y en el régimen de nulidad de actos por ausencia de causa jurídica. 5.6.4. ¿Alguna omisión en esta sentencia? 5.7. *Conclusión*. 6. Bibliografía-

1. Resumen de los hechos

1. La entidad Unicaja concertó con Calixto en enero de 2005 un contrato de préstamo hipotecario por importe de 135.000 euros, para la adquisición de una vivienda tasada en 242.325 euros. En la escritura de préstamo se incluyeron las cuatro cláusulas atacadas luego por Calixto –a través del proceso ordinario de la sentencia que nos ocupa– con base en su abusividad, a saber: (i) la cláusula suelo; (ii) la cláusula de gastos; (iii) la cláusula de interés de demora; y (iv) la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo en caso de impago de cualesquiera cuotas o intereses pactados.

2. Pocos años más tarde y ante el impago de dos mensualidades, Ibercaja dio por vencido anticipadamente el préstamo, liquidó su importe en la suma de 74.928,6 euros e interpuso al año siguiente, en el año 2010, demanda de ejecución hipotecaria que correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza. La subasta de la vivienda se celebró sin la participación de postores y, a instancia del ejecutante, se dictó en mayo de 2012 decreto de adjudicación de la vivienda en su favor por un valor de 102.721,78 euros, correspondiente al total de la deuda por todos los conceptos, incluidos intereses y costas de la ejecución; lo que, a la postre, representaba un 42 % del valor en que fue tasada la finca.

3. En enero de 2018 Calixto interpone demanda de juicio ordinario contra Ibercaja para que se declare la nulidad de las cuatro cláusulas mencionadas y se condene a Ibercaja a: (i) restituirle las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula suelo; (ii) aplicar, como interés de demora, el remuneratorio, con restitución del exceso pagado; y (iii) restituirle la cantidad de 139.603,22 euros, en concepto de enriquecimiento injustificado por la adjudicación forzosa de la vivienda, situado en la diferencia entre el valor de tasación de la vivienda y el de su adjudicación con efectos *pro soluto*; todo ello más intereses legales y costas.

4. Frente a la demanda Ibercaja presentó escrito que calificó de «allanamiento total a las pretensiones de la parte actora», pero en cuyo cuerpo únicamente se hacía referencia a la nulidad de la cláusula suelo en el sentido de aceptar su eliminación. En el escrito no se hacía mención expresa de la cláusula de vencimiento anticipado de la compensación del enriquecimiento injusto, pese a que se terminaba pidiendo que se pusiera fin al proceso haciendo entrega a la demandante de las sumas consignadas.

5. Convocadas las partes al acto de audiencia previa, Ibercaja se ratificó sin más en su solicitud y el Juzgado dio por concluida la audiencia sin que se procediera a la concreción del objeto ni a la proposición de prueba, dictándose a continuación la sentencia de instancia.

2. Solución dada en primera instancia

1. El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza dictó sentencia de conformidad con lo que entendió que era un allanamiento total de Ibercaja;

es decir, con estimación íntegra de la demanda y con condena a Ibercaja a pagar, entre otras y sobre todo, la importante cantidad de 139.603,22 euros en concepto de enriquecimiento ilícito.

2. Frente a esta sentencia la entidad demandada Ibercaja interpuso recurso de apelación por infracción del artículo 21 LEC, al considerar vulnerado el objeto de allanamiento por haberse extendido a cuestiones distintas de la cláusula suelo a la que en concreto se circunscribía el escrito pese a su encabezamiento.

3. Solución dada en apelación

1. La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de Ibercaja y determinó, en cuanto al objeto del allanamiento, que no existió allanamiento total a la demanda puesto que este acto de disposición de derechos no había sido –como resulta exigible a toda renuncia de derechos– un acto expreso, claro, inequívoco y total, por lo que procedía revocar la estimación íntegra de la demanda.

La Audiencia de apelación, en lugar de devolver las actuaciones a la instancia, entró en el fondo de las pretensiones no allanadas y acogió la nulidad pretendida de las cláusulas cuestionadas, con condena a la demandada al reintegro de intereses indebidamente pagados; pero desestimó la pretensión de condena al pago de 139.603,22 euros en concepto de enriquecimiento injusto derivado de la adjudicación de la vivienda en favor de la ejecutante a resultas de la ejecución hipotecaria. La sentencia de apelación sostiene que la adjudicación tuvo su fundamento legal en las normas procesales que regulan la subasta desierta y que estas operan de forma desconectada e independiente de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, puesto que a idéntico desenlace –se razona– se habría llegado si el acreedor, en lugar de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, hubiera ejercitado en el seno de un proceso declarativo ordinario las acciones basadas en el incumplimiento contractual.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

1. Contra la anterior sentencia el consumidor interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

2. Por un lado, se suscita la cuestión procesal consistente en la determinación del objeto del allanamiento y sus consecuencias, formulado *ex* artículo 469.1.3 LEC por infracción de los artículos 19 y 21.1 LEC, determinante de la nulidad de lo actuado.

Según el recurrente, el allanamiento de la parte demandada no se limitó a las pretensiones relativas a la cláusula suelo, sino a la totalidad de lo solicitado en la demanda, sin que las manifestaciones de la parte sobre el allanamiento en su escrito sean fruto de un error. Para la parte recurrente, la voluntad de

allanamiento de la demandada es expresa y total porque así lo anunció en su escrito la parte demandada y por sus actos posteriores, consistentes en ratificarse en la audiencia previa en el aquietamiento total frente a la demanda y no expresar oposición a ninguna de las pretensiones del actor. Esto –se sostiene en el recurso– es compatible con los requisitos legales del allanamiento como acto de manifestación de una voluntad expresa de allanarse, aunque no se hayan individualizado todas las pretensiones a las que se refiere la demanda y, por ello, la decisión de la Audiencia de atribuirle carácter parcial y circunscribirla a la cláusula suelo es contraria a los artículos 19 y 21.1 LEC y determina «la nulidad de todo lo actuado con posterioridad “por haberse infringido gravemente los actos y garantías del proceso”».

3. Por otro lado, se articula recurso de casación basado en tres motivos que denuncian la infracción de: (i) el principio de efectividad o no vinculación de las cláusulas abusivas del artículo 6.1 de la Directiva 93/13; (ii) la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto; y (iii) la infracción legal y jurisprudencial sobre la naturaleza del incumplimiento contractual esencial y la pérdida del plazo en las obligaciones recíprocas. Estas tres cuestiones de carácter material son abordadas conjuntamente por el TS, en los términos que se dirán.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

1. El TS se ha pronunciado en la sentencia comentada sobre estas dos materias: (i) los requisitos y el objeto del allanamiento como acto de renuncia de derechos; y (ii) la pretensión de indemnización por enriquecimiento injusto a resultas de la adjudicación forzosa de la vivienda al ejecutante *ex* artículo 671 LEC en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria basado en escritura de contrato con cláusulas abusivas ya concluido en el que no pudo realizarse ni se realizó el debido control judicial de abusividad de la Directiva 93/13. El recurso –cabe adelantar– ha sido desestimado con base en los argumentos que seguidamente se exponen y que se someten a respetuosa crítica.

5.1. *Doctrina sobre el objeto y los requisitos del allanamiento: acto expreso, claro, inequívoco e individualizado*

1. El consumidor recurrente ha cuestionado el carácter parcial atribuido por la Audiencia Provincial al allanamiento de la parte demandada y acusa una vulneración de los artículos 19 y 21.1 LEC, determinantes –se alega– de nulidad de lo actuado. Esta cuestión es analizada en el Fundamento jurídico (FJ) 3º de la sentencia, dedicado a examinar el objeto del allanamiento y sus requisitos en cuanto acto de voluntad dirigido a renunciar derechos.

2. A partir de la jurisprudencia sobre el artículo 21 LEC conformada por las SSTS 11/2012, de 19 de enero, 571/2018, de 15 de octubre, y 173/2020, de

11 de marzo, el TS caracteriza el allanamiento como «*una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella, o en otro momento procesal, y constitutivo de un medio de extinción del proceso en virtud del reconocimiento y conformidad del demandado, que puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes y que sean disponibles por ellas, sin que sea lícito, dentro del orden jurídico, oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan*» (apdo. 1).

«2. Se trata de una facultad de disposición sobre el objeto del proceso que la ley reconoce al demandado, conforme al principio dispositivo que rige, con carácter general, en el proceso civil. En la medida en que comporta una renuncia de derechos debe ser clara e inequívoca. Como declaramos en las sentencias 57/2016, de 12 de febrero, y 337/2022, de 27 de abril, entre otras «[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos».

3. Trasladadas estas exigencias al caso concreto, el TS considera correcto el reexamen del allanamiento realizado por la AP y su calificación como parcial, desde dos puntos de vista complementarios.

Por un lado, el TS rebate lo sostenido por el consumidor, para quien, aun debiendo ser expreso el allanamiento, cabe que esta manifestación de voluntad no sea individualizada. La sentencia afirma en este punto –de forma deliberadamente ambigua– que «*este planteamiento es correcto pero obvia el hecho de que en este caso la declaración de allanamiento fue expresa e individualizada, de forma que el escrito que, en contestación a la demanda, manifestaba la voluntad de poner término al procedimiento identificaba el objeto del mismo limitado exclusivamente a la pretensión sobre la nulidad de la cláusula suelo*» (apdo. 3). Es decir, para el TS sí que resulta precisa la individualización del objeto del allanamiento, solo que esta cualidad es únicamente predicable de las pretensiones relativas a la cláusula suelo. Hay que entender, aunque no se exteriorice con esta claridad, que el TS considera necesaria la individualización del objeto del allanamiento cuando en la demanda se han deducido varias pretensiones en acumulación objetiva simple.

4. Por otro lado, aborda también la sentencia la existencia del error alegado por la parte demandada respecto de su acto de allanamiento; error que combate el consumidor con base en los actos posteriores de la partes demandada en la audiencia previa. En esta cuestión, el TS coincide con la AP en centrarlo en el acto escrito presentado por la demandada: «*(...) el escrito de allanamiento contiene, por una parte, una manifestación sobre la terminación del procedimiento y, por otra, concreta el allanamiento a las pretensiones sobre la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de los intereses indebidamente percibidos. Ambas manifestaciones son contradictorias e incompatibles. Esta contradicción debe resolverse atendiendo al hecho de que en ese escrito solo se manifiesta una voluntad expresa de aquiescencia a una parte concreta de las pretensiones acumuladas de forma principal por el demandante*» (apdo. 3).

5. En consecuencia, para el TS sí hubo error y este error de la parte demandada se trasladó a la sentencia de instancia que luego revocó la Audiencia. Para la Sala, el tribunal de apelación hizo bien en corregirlo, sin que este reexamen haya incurrido –en los consabidos términos de razonamiento casacional– en motivación arbitraria, ilógica o irracional a juicio de la Sala 1ª TS: «*La Audiencia interpretó la declaración de la voluntad de la recurrida sobre el alcance de su disposición sobre el objeto del procedimiento como un allanamiento parcial, y esa interpretación no fue ilógica, irracional ni arbitraria. Su apreciación sobre la existencia del error material mencionado y de su prolongación en la audiencia previa fue correcta, y la conclusión de limitar los efectos del allanamiento a la estimación de la única pretensión a la que se refería fue igualmente acertada y ajustada a la jurisprudencia de esta sala sobre el carácter restrictivo de la renuncia de derechos, por ello ahora debemos mantenerla*» (aptdo. 3).

5.2. *Correcta caracterización del allanamiento como acto de objeto individualizado en el marco de un proceso con pluralidad de objetos*

1. Esta STS 3598/2023 consolida –como no podía ser de otra forma– la tradicional jurisprudencia que define el allanamiento como un acto de la voluntad por el que la parte demandada manifiesta su conformidad con la pretensión de la parte demandante y –aunque no esté caracterizado así en la sentencia– declara su voluntad de que se conceda la tutela solicitada (GASCÓN INCHAUSTI, 2024, pg. 356; ORTELLS RAMOS, 2018, pgs. 353 y 354).

2. Pudiera pensarse que un enfoque centrado en la declaración de voluntad de la parte demandada enclaustra el allanamiento, en cuanto acto de renuncia de derechos, en una formal *declaración de voluntad*, oral o por escrito, de espaldas a que esta voluntad pueda también exteriorizarse, como *acto procesal de manifestación de voluntad*, mediante una conducta o por actos procesales concluyentes. Pero es lo que cabalmente hay que exigir para poder seguir predicando del allanamiento el efecto jurídico-procesal vinculante que le es propio cuando –como en el caso de autos– la demanda contiene varias pretensiones en acumulación objetiva.

3. El enfoque del allanamiento adoptado por la Sala desdibuja la importancia del allanamiento como acto de eficacia procesal, antes que de eficacia material extintiva, que es la perspectiva desde el que se aborda en la sentencia. No es que ello determine un error de enfoque, pero resulta poco específico definir –como hace la sentencia– el allanamiento como acto de renuncia de derechos que extingue el proceso, cual acto dotado solo de eficacia en el plano sustantivo o material, cuando lo que caracteriza el allanamiento es precisamente la eficacia jurídico-procesal consistente en vincular al tribunal para que dicte anticipadamente una sentencia estimatoria de la pretensión que es objeto del allanamiento. Luego, el proceso se extingue, pero se extingue con el dictado anticipado de una resolución de terminación convencional que es obligado dictar. Esto último es lo más definitorio del allanamiento, y no tanto el consistir en una renuncia de derechos, que es una nota común a todos los actos de naturaleza dispositiva.

Si se tiene en cuenta esta vinculación, es lógico y consecuente que a un acto dispositivo llamado a desplegar semejantes efectos se le exijan, como requisitos de validez, los relativos a su carácter expreso, claro, terminante e inequívoco. Lo que esta sentencia añade es la necesaria individualización del objeto del allanamiento en un contexto –y esto es importante hacerlo notar– en el que es precisa esta determinación porque son varias las pretensiones deducidas en la demanda. Allí donde se ejercitan varias pretensiones en acumulación objetiva es razonable que, si no cabe referir el allanamiento con claridad a todas ellas *per relationem* (p.e., cuando el allanamiento se refiere a “las acciones ejercitadas en la demanda”, se entiende que *todas*), deba exigirse que su objeto quede individualizado con claridad; especialmente, cuando la diferencia cualitativa y cuantitativa entre ellas es tan notoria como en el caso que nos ocupa.

4. Podrá criticarse que, en el trance de determinar en la audiencia previa si subsiste o no el litigio entre las partes (artículo 415 LEC), el tribunal no advirtiera el error de la parte demandada. Esto, a la postre, ha perjudicado –y mucho, como veremos– a la parte demandante; pero no es un defecto de la configuración legal y doctrinal del allanamiento, sino consecuencia de una disfunción que no puede ser elevada a categoría (aunque debiera haberse reparado –esto se dirá más adelante– con una nulidad de actuaciones).

Se mire como se mire, a los ojos de un observador imparcial, el comportamiento de la parte demandada en el acto de la audiencia previa no puede considerarse concluyente sobre la existencia de un total allanamiento comprensivo de todas las pretensiones de la demanda, aunque el tribunal de la instancia y la parte demandante hayan arrastrado el error de considerarlo así.

5. Cuestión distinta es que, habiendo errado la parte demandada e inducido al error al tribunal y a la parte demandante, la entidad financiera haya aprovechado el error cometido por ella misma para atacar la sentencia de instancia por este motivo. Esto plantea varias cuestiones separables que la STS 3598/2023 no trata.

5.3. Valoración crítica de la decisión del Tribunal sobre el allanamiento

5.3.1. LA FALSA *QUESTIO FACTI* SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA PARTE DEMANDADA Y EL OBJETO DEL ALLANAMIENTO

1. En primer lugar, situada frente a la alegada infracción de los artículos 19 y 21.1 LEC por haber considerado parcial y no total el allanamiento de la parte demandada, la Sala ha dado por buena la valoración del allanamiento realizada por la Audiencia Provincial y ha omitido reexaminarlo con el archiconocido argumento de que la interpretación realizada en la sentencia impugnada “*no fue ilógica, irracional ni arbitraria*”. Lo que –a mi modo de ver– autolimita indebidamente la función revisora del TS sobre la infracción procesal alegada.

2. Vaya por delante que es del todo lógico que el reexamen del juicio fáctico de toda sentencia de fondo quede al margen del recurso extraordinario; no hacen falta explicaciones a estas alturas sobre esta limitación de los recursos extraordinarios. Ahora bien, el error –por inaplicación, se entiende– del artículo 21.1 LEC que se denuncia ataca no solo los efectos parciales del allanamiento, sino –antes– la inexacta representación de la premisa fáctica sobre el carácter total o parcial del allanamiento. Este aspecto entra derechamente en el examen de la infracción procesal que fundamenta el recurso y, por ello, no es correcto que la sentencia de la Sala limite su motivación a conformarse con que la interpretación dada en apelación no sea ilógica, irracional o arbitraria.

3. La infracción de las normas del allanamiento en un concreto asunto no se comete en el ámbito extraprocesal propio de las relaciones jurídico-privadas y cuya errónea valoración judicial pertenezca de lleno al juicio fáctico del asunto. Al contrario, se comete directa e inmediatamente en uno o varios actos procesales de la parte demandada que no admiten ser igualados al acervo probatorio del asunto.

Dicho de otra forma: el reexamen sobre la cuestión de si el allanamiento debe ser calificado, en razón del objeto y de la voluntad, como un acto total o parcial frente a la aplicación del artículo 21 LEC y extraer las consecuencias de ello, no es un juicio fáctico que quede sustraído a la revisión del TS. Es una tarea ínsita en la calificación jurídica de un acto procesal al que no se le deben aplicar las reglas limitativas del razonamiento casacional al que tan acostumbrado está nuestro Alto Tribunal para vedar la revisión del juicio fáctico de fondo.

4. Esto no debiera haber pasado inadvertido. Cuando se impugna la decisión sobre el allanamiento se está posibilitando el reexamen de un acto del proceso mismo y la determinación de su premisa fáctica, contenida en un acto escrito que debe relacionarse con actos procesales posteriores, es una falsa *questio facti*, puesto que consiste en determinar el sentido jurídico-procesal de la conducta de la parte demandada ante la demanda.

5.3.2. DESEABLE EXAMEN DE LA APLICABILIDAD DE LA REGLA NEMO AUDITUR PROPIAM EN LOS RECURSOS

1. Considerado así, la conducta de la parte demandada merecía el esfuerzo, en segundo lugar, de que la Sala 1ª TS hubiera abordado –sin sortearlo merced a los “estrechados” cauces del recurso extraordinario– la delicada materia del ámbito y los límites de la regla que impide a las partes sacar provecho de la propia torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Esta es una cuestión –indudablemente jurídica, y no solo fáctica– que la sentencia ha omitido tratar en relación con la infracción del artículo 21 LEC, en favor del examen de los requisitos del allanamiento como acto de renuncia de derechos. Estamos ante una cuestión que, como poco, hubiera merecido alguna atención en cuanto posible hecho impeditivo o excluyente de la impugnación formulada por la parte que generó el error.

2. La regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* –comprendida en el artículo 1306 CC– está elaborada en el marco del Derecho sustantivo privado y, en la actualidad, se encuentra sometida a revisión, hasta el punto de que la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación (v. artículo Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 2023) plantea modificarla y matizar su aplicación. Desde el ámbito del Derecho procesal cabe observar que no existe ninguna formulación acabada de la regla de *nemo auditur* –vacío que debería corregirse–, aunque no es en absoluto extraña a esta disciplina jurídica.

3. En el ámbito procesal, hay que entender que la exigencia de los artículos 459 y 477.6 LEC en sede de recursos de apelación y casación (=el requisito de que el recurrente haya denunciado, siendo posible, la infracción de normas o garantías procesales en la instancia, sin aquietamiento posterior), es trasunto de ella. Ahora bien, no cabe ocultar que, por sí misma, la aplicación de los artículos 459 y 447.6 LEC no llega a excluir el supuesto de hecho aquí planteado, aunque no por ello quede agotado el análisis jurídico del proceder equívoco y ventajoso de la parte demandada.

Por un lado, en el caso que nos ocupa no resultaba exigible que la parte demandada denunciara el error en la instancia, puesto que –a los ojos del observador imparcial al que antes nos referíamos– este se exteriorizó por primera vez en la sentencia con la que el Juzgado cesó en su competencia objetiva.

Además, por otro lado, tampoco era exigible agotar la petición de complemento del artículo 215 LEC, porque no se trataba solo de suplir un pronunciamiento indebidamente omitido en la sentencia de instancia; al fin y al cabo, el escrito de desistimiento terminaba solicitando –como parte del error cometido– el dictado anticipado de una sentencia íntegramente estimatoria de la demanda y a esto se accedió en la sentencia de la primera instancia.

4. Por lo tanto, desde el punto de vista procesal ha sido formalmente correcto que la parte demandada canalizara toda denuncia por aplicación indebida del artículo 21 LEC mediante el recurso de apelación. Esta era la cuestión sometida a la Audiencia y, revocada la sentencia por la Audiencia, es esta otra sentencia –la que revoca el carácter total del allanamiento y entra a resolver el fondo de las pretensiones no allanadas–, la resolución que se recurre ante la Sala por infracción del artículo 21.1 LEC.

5. Pues bien, en este punto hubiera sido deseable que la Sala hubiera dedicado alguna atención a la cuestión de si cabía aplicar la limitación jurídica de la regla *nemo auditur* a la impugnación del allanamiento por quien ha creado e inducido al error en la primera instancia. No se trata de reivindicar aquí el fracaso, sin más, del recurso de la parte demandada; pero sí de exigir un planteamiento más amplio que el que se ha efectuado en la sentencia.

La Sala pudo abrirse a examinar la incidencia de la regla *nemo auditur* en el recurso de apelación desde varios ángulos. Pudo haber estudiado su incidencia en relación con el requisito del gravamen para recurrir cuando el recurso lo interpone la parte que propició el error; o bien pudo adentrarse en el

análisis de la falta de *iusta causa litigandi* o abuso de derecho, entendido esto, con MUÑOZ ARANGUREN (2018), como el mecanismo que permite corregir aquellas manifestaciones del derecho a litigar que *prima facie* están permitidas, pero que, consideradas en su conjunto, resultan ilícitas por contrariar los principios relevantes del ordenamiento jurídico.

6. Todos estos puntos de vista jurídicos pudo haberlos considerado de oficio, primero, la Audiencia y, al no hacerlo y resultar recurrida la sentencia de apelación con base en la infracción basada en la inaplicación indebida del artículo 21.1 LEC, bien pudo la Sala considerarlo en marco del recurso extraordinario. Este hubiera sido un enfoque bastante más enriquecedor que el de aceptar acríticamente las premisas y las consecuencias establecidas en la sentencia impugnada de la Audiencia, de la que se afirma, por otro lado, que no es «*ilógica, irracional ni arbitraria*». Veremos a continuación que esta última aseveración no es en absoluto compatible, pero desde un distinto punto de vista que le estaba vedado examinar a la Sala.

5.3.3. EXISTENCIA DE INFRACCIÓN PROCESAL *IN PROCEDENDO* DEL ARTÍCULO 21.2 LEC Y EL CARÁCTER ARBITRARIO DE LA ASUNCIÓN DE LA INSTANCIA EN APELACIÓN: PRIVACIÓN DE UNA INSTANCIA

1. El mayor defecto procesal que se advierte en la sentencia de apelación consiste en la cuestionable decisión de la Audiencia de, con ocasión del reexamen del allanamiento y de la revocación parcial de la sentencia de instancia, asumir la instancia y entrar a resolver el fondo por vez primera, con privación de una instancia o grado de jurisdicción para la parte demandante.

A causa del deber de congruencia en sede de recursos, este aspecto, sin embargo, no ha sido tratado ni podía tratarse de oficio por el Tribunal Supremo, pese a que las consecuencias jurídicas asignadas al allanamiento parcial en la sentencia recurrida son inconsecuentes con la infracción procesal advertida del artículo 21.2 LEC.

2. La equivocación cometida en la determinación del objeto del allanamiento que se efectúa en o con ocasión del dictado de sentencia ha llevado a la Audiencia a pensar que estamos ante una infracción procesal *in iudicando* susceptible de ser corregida en apelación mediante la revocación parcial de la sentencia impugnada y la asunción de la instancia. Pero esto es erróneo y, además, inconsecuente con el momento en que se comete el error mismo, que se arrastra desde la presentación del escrito de allanamiento y la subsiguiente celebración de la audiencia previa.

El hecho de que en la sentencia de instancia quedaran incluidos erróneamente en la terminación por allanamiento objetos procesales no comprendidos en el escrito de la parte demandada, descubre el error y muestra que estas pretensiones han quedado indebidamente imprejuizadas en la primera instancia. Pero la causa determinante de esta consecuencia tan lesiva no es una

infracción procesal *in iudicando* imputable a la sentencia de instancia y que quepa corregir por el tribunal *ad quem* en los términos que manda el artículo 465.3 LEC, esto es, mediante sentencia en la que, «*tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso*». Antes bien, las pretensiones no comprendidas en el acto de allanamiento no solo quedaron imprejuizadas en la primera instancia, sino que no fueron sustanciadas en absoluto en aquella instancia y esto constituye una infracción procesal *in procedendo* del artículo 21.2 LEC, en cuanto dispone la continuación del proceso para sustanciar las pretensiones no allanadas.

3. El carácter procesal de la infracción cometida en la primera instancia y su incidencia negativa en el normal desarrollo del proceso respecto de los objetos procesales no allanados se advierte con claridad de lo dispuesto en el aptdo. 2 del artículo 21 LEC, a cuyo tenor «*cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso (...)*». Este inciso final del artículo 21.2 LEC ofrece pocas dudas sobre la necesidad de que respecto de las cuestiones no allanadas deba sustanciarse el proceso por todos sus trámites; que es lo que no se respetó en la primera instancia y tampoco –y esto es lo grave– en la segunda instancia ante la Audiencia.

4. La Audiencia Provincial, al apreciar la infracción del artículo 21.2 LEC, debió haber revocado parcialmente la sentencia y dispuesto la nulidad de actuaciones con reposición hasta el momento en que se incurrió en la falta, que se concreta en los momentos iniciales de la audiencia previa, a fin de reintegrar a la parte demandante en su derecho a sustanciar la primera instancia o grado de jurisdicción plena sobre el resto de las pretensiones no allanadas relativas a la nulidad de tres cláusulas y la condena dineraria por enriquecimiento injusto.

Estas pretensiones no fueron en ningún momento juzgadas por el tribunal de instancia y tan solo lo han sido *per saltum* por parte de la Audiencia Provincial, cuando lo que procedía por parte de la Audiencia era que, de conformidad con el aptdo. 4 del artículo 465 LEC, se valorara la infracción procesal como una «*de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas (y) el Tribunal lo declarará así mediante providencia, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió*».

5. De este modo, cabe imputar a la sentencia de apelación una infracción doble o sucesiva: por un lado, del artículo 21.2 LEC y, por otro lado, del artículo 465.4 LEC, con el muy lesivo resultado para la parte demandante de haberse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), por la privación de una instancia respecto de las pretensiones que no fueron objeto de allanamiento en la primera instancia y que han sido juzgadas *per saltum* por la Audiencia Provincial en apelación.

6. La Sala 1ª TS, por su parte, se ha centrado –porque esta era la cuestión sometida a su consideración– en el objeto parcial de la declaración de voluntad de allanamiento y se ha limitado a enunciar que esta interpretación «*no fue ilógica, irracional ni arbitraria*», pese a consagrar un resultado claramente contrario a los derechos fundamentales del artículo 24 CE por error en la aplicación del artículo 465 LEC. Pero esto no le es en absoluto reprochable a la Sala.

La razón que disculpa a la Sala es que el recurso extraordinario estaba fundado en la infracción del aptdo. 1 del artículo 21 LEC, y no en la de su aptdo. 2, ni en la del artículo 465.4 LEC, que son las normas infringidas por la Audiencia en la sentencia de apelación. ¿Podía la Sala, por orden público procesal, suscitar de oficio esta cuestión y declarar la nulidad de la sentencia de apelación y la de las actuaciones para reponerlas al momento de celebrar la audiencia previa en la primera instancia? La congruencia en sede de recursos da respuesta negativa a esta pregunta.

7. El recurso del consumidor contra la sentencia de allanamiento parcial de apelación se sostiene en la infracción –por indebida inaplicación, se entiende– de los artículos 19 y 21.1 LEC, a fin de que, anulando la sentencia de apelación, fuera declarada la firmeza de la sentencia de primera instancia de allanamiento total. Es decir, lo que pretendía el recurrente era el reexamen del allanamiento para que se considerara total, y no discutir las consecuencias anudadas al allanamiento parcial. Y dentro de estos límites ha resuelto la Sala en los términos ya vistos.

No podía el Tribunal Supremo suplir la actividad del recurrente, pese a ser la sentencia atacable por aplicación indebida del artículo 465.3 LEC o –según cómo quiera verse– por indebida inaplicación de los artículos 21.2 y 465.4 LEC, en relación con el artículo 238.1 LOPJ, con resultado de indefensión (artículo 24.1 CE), por no haberse dispuesto la nulidad de actuaciones al momento anterior a la celebración de la audiencia previa, para continuar con la sustanciación de las pretensiones no allanadas.

Con esta perspectiva o con aquella otra fundada en la infracción de normas y garantías constitucionales relativas a la indebida privación de la instancia (subsumibles tanto en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, como en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE), hubiera podido el TS corregir el atropello de la Audiencia. No se ha hecho así en el caso y esta decisión es correcta, aunque no por ello podemos pasarlo por alto en un comentario de sentencia plenaria, a fin de advertir la necesidad de que la doctrina jurisprudencial sobre el allanamiento sea respetuosa con las exigencias básicas de todo justiciable.

5.4. *Delimitación del recurso de casación y el planteamiento conjunto de los motivos*

1. El recurso de casación ataca la desestimación de la pretensión de condena al pago de 139.603,22 euros por el enriquecimiento injusto derivado de

la adjudicación en pago de la vivienda del consumidor en favor de la ejecutante en un procedimiento que concluyó en el año 2012 sin posibilidad legal de control de abusividad de –entre otras– la cláusula de vencimiento anticipado cuya nulidad se ha declarado en la sentencia de apelación. El consumidor considera que la desestimación de esta condena dineraria incurre en estas tres infracciones sustantivas: (i) del principio de no vinculación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y del artículo 1303 CC; (ii) de la doctrina sobre el enriquecimiento injusto; y (iii) de la jurisprudencia sobre el incumplimiento contractual y la pérdida del plazo en las obligaciones recíprocas.

Estos tres motivos dice la sentencia que son abordados de forma conjunta, aunque lo cierto es que el discurso de la Sala está perfectamente secuencializado y orientado derechamente a robustecer y apuntalar la doctrina del enriquecimiento injusto, a costa de rebajar todas las expectativas de estimar la pretensión resarcitoria con fundamento en los artículos 6 de la Directiva 93/13, 83 TRLDCU y 1124 CC.

Lo que aporta la presente sentencia a la doctrina del enriquecimiento injusto de las SSTs 261/2015 de 13 de enero y 152/2020 de 5 de marzo, es que refuerza el carácter subsidiario de este remedio y termina también negando su aplicación al supuesto –inédito en casación– de que la adjudicación forzosa de la vivienda al ejecutante *ex* artículo 671 LEC se haya efectuado *pro toto debito* o con plenos efectos solutorios en el seno de un proceso de ejecución formalmente concluido antes de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

2. El FJ 5º concentra las consideraciones jurisprudenciales que se desarrollan en seis sucesivos apartados, mientras que el FJ 6º supone su corolario, con la aplicación que se hace de ellas al caso concreto.

En ambos se advierte con claridad que (i) la doctrina del enriquecimiento injusto ha fagocitado el examen del resto de motivos y condiciona todo el discurso; y (ii) la Sala niega toda esperanza de que a que los deudores hipotecarios que han sufrido el daño de un proceso basado en una cláusula abusiva de vencimiento anticipado puedan basar sus derechos compensatorios por la pérdida patrimonial de la vivienda en la –aporética– doctrina de enriquecimiento injusto, salvo en el excepcional caso de que una transmisión sucesiva en breve lapso ponga de manifiesto la existencia de importantes plusvalías.

5.4.1. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL OBJETO DEL PROCESO

2. El *iter* discursivo del FJ 5º se abre con un apartado 1 dedicado a la «*delimitación del objeto de la controversia*» que va más allá de situar el enjuiciamiento casacional dentro de los motivos del recurso.

Con el pretexto de delimitar el objeto del recurso, la Sala “bucea” en la acción ejercitada para hacer una reinterpretación de esta y atribuir una importancia irreal –e inexacto– al hecho de que «*no ha sido objeto del proceso, ni lo puede ser de esta casación, la eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria ni la validez*

de la adjudicación en ese procedimiento del derecho de propiedad sobre la vivienda ejecutada a la entidad demandada». En el aptdo. 3.1 se vuelve sobre ello al insistir en que «no se pide la restitución de la finca ejecutada».

Pues bien, este planteamiento incurre –en mi opinión– en un error de partida que lastra la viabilidad del recurso de casación desde el inicio de su análisis por la Sala, como se razona seguidamente.

5.4.2. CONFUSIÓN ENTRE EL *PETITUM* Y LA CAUSA DE PEDIR DE LAS PRETENSIONES RESARCITORIAS OBJETO DEL PROCESO DECLARATIVO DEL ARTÍCULO 698 LEC

3. Es un error reducir el objeto del proceso al *petitum* de la pretensión deducida, que no es –como bien se dice en la sentencia– ni la eficacia del procedimiento ni la validez de la adjudicación.

En realidad, no hacía falta formular pretensiones declarativas o constitutivas de esta naturaleza –lo mismo da a estos efectos– para el fin que el demandante ha querido, que no es sino el de ser indemnizado en la cantidad en que cifra la pérdida patrimonial que ha sufrido a resultas del ejercicio de una cláusula abusiva de vencimiento anticipado que ha fundado un procedimiento hipotecario afectado de esta ilicitud inicial y que ya había concluido con anterioridad al año 2013, tras la adjudicación de la vivienda en favor de la entidad ejecutante con plenos efectos solutorios, dándose formalmente por terminada entonces.

Nada obligaba al consumidor demandante a deducir las específicas pretensiones impugnatorias que –no sin contradicciones internas– se insinúan como procedentes en la sentencia. En mi opinión, es claro que el consumidor interpuso una acción de condena dineraria y esto no permite orillar desde el inicio –como hace la Sala– la cuestión de la ilicitud del proceso antecedente y que constituye, en puridad, parte de la *causa petendi* de la pretensión dineraria deducida en el proceso que el artículo 218 LEC obliga a tener en cuenta. Vayamos por partes.

4. La reparación patrimonial buscada por el consumidor no le obligaba a ejercitar específicas pretensiones de nulidad del procedimiento hipotecario o de restitución *in natura* de la transmisión efectuada, como si nuestro sistema estuviera basado en un sistema cerrado de *legis actiones* al modo romano y como si, además, estas tuvieran –con la jurisprudencia nacional en la mano– visos de prosperar después de esta sentencia de la Sala.

Por un lado, en nuestro ordenamiento no es posible atacar desde un proceso distinto la eficacia misma del procedimiento de ejecución hipotecaria por la incontestable razón de que los actos de un proceso solo pueden anularse desde el propio proceso, por el mismo tribunal (v. artículos 240 y 241 LOPJ) y en virtud de los motivos de nulidad de actuaciones procesales del artículo 238 LOPJ. Esto, en materia de ejecución hipotecaria en el ámbito español de consumo, no hay quien no lo sepa desde la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, *Mohamed*

Aziz, conocida por haber forzado al legislador a introducir las primeras medidas de protección de deudores hipotecarios; entre ellas, el archiconocido incidente extraordinario de oposición a la ejecución de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 1/2013, reintroducido sucesivas veces en leyes posteriores también de dudosa conformidad con la jurisprudencia europea, que, por lo demás, que llegó tarde en el asunto que nos ocupa y le es inaplicable.

Es, por otro lado, dudoso –cuanto menos– que pudiera pretenderse la nulidad de la adjudicación del inmueble –como insinúa la Sala, contradiciéndose a sí misma–, cuando al mismo tiempo la Sala deja bien establecida en la misma sentencia su posición contraria a calificar como ilícita la adjudicación producida *ex* artículo 671 LEC, por más que esto no sea del todo conforme con la STJUE (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022, C-600/19, *MA e Ibercaja* (no publicada).

5. Cuestión muy distinta de pretender que se declare la ineficacia del procedimiento hipotecario o la nulidad de la adjudicación del bien, es que se trate de revertir su eficacia material por ilicitud del título y del proceso de ejecución basado en él, erigiendo la pérdida jurídico-económica de la vivienda en un hecho constitutivo más de la pretensión resarcitoria del proceso declarativo –posterior o simultáneo– del artículo 698 LEC.

6. A esto apunta la STJUE de 17 de mayo de 2022 *MA e Ibercaja* cuando subordina la posibilidad de que un ordenamiento no permita el debido control sobre el «*eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas*» (aptdos. 59 y 60.2).

A esta idea también alude el artículo 698 LEC, cuando remite al proceso que corresponda para «*cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo*».

Y este proceso declarativo –que acostumbra a llamarse *posterior*, pero que puede ser *parcialmente coetáneo*– permite al consumidor hacer valer, en sentido lato, las causas de ilicitud del título o de la ejecución «desde fuera» de la ejecución (GASCÓN INCHAUSTI, 2024).

6. Pero hacer valer estos motivos «desde fuera» –se ha de insistir– no constriñe a que en la demanda se deban deducir específicas pretensiones anulatorias y nada más que estas, como si no cupiera impetrar la tutela resarcitoria consistente en la indemnización de daños y perjuicios, que es una tutela idealmente posible y especialmente apta por la que puede decantarse el consumidor.

Esta pretensión resarcitoria es la acción ejercitable por antonomasia, pese a que –como ya señaló el TJUE desde la conocida sentencia de 14 de marzo de 2013 del caso *Aziz*– supone un remedio sustitutivo insuficiente e imperfecto de tutela para el consumidor que padece la expropiación de su vivienda en el seno de una ejecución hipotecaria basada en un título ilícito comprensivo de cláusulas abusivas.

Esta solución consistente en ejercitar pretensiones dinerarias de carácter resarcitorio sigue la senda *mínima* marcada por la STJUE (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022 (C-600/19) y la de 7 de diciembre de 2017 (C-598/15), y busca –sigo aquí a GASCÓN INCHAUSTI– una «*reparación lo más perfecta posible de los daños padecidos como consecuencia de la ejecución forzosa ilícita. Por ello, reclamará en primer término una indemnización por enriquecimiento injusto, para que el ejecutante le devuelva las cantidades percibidas con la ejecución. Pero, además, tendrá derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan producido (v.g., la diferencia entre el valor real de los bienes subastados y el dinero que se le ha devuelto)*».

6. *Ergo*, tiene razón la Sala cuando, respecto de la «*ineficacia del procedimiento*» o de la «*nulidad de la adjudicación*», afirma que «*ningún pronunciamiento se interesó en la demanda ni se contiene en la sentencia recurrida sobre tales extremos*». No hacía falta, acabamos de decirlo. Pero siendo esto cierto, es falaz extraer de aquí que estas cuestiones no formen parte del «objeto del proceso», puesto que –al contrario– sí lo son a través del elemento objetivo de la «causa de pedir» de la pretensión dineraria que la Sala no ha querido ver.

7. En este sentido, cabe notar que ninguna petición de tutela consistente en que se condene a la parte demandada al pago de X euros es suficiente para delimitar el objeto del proceso (DE LA OLIVA SANTOS, 2005). Solo con esto el objeto de la pretensión no queda debidamente identificado. No se identifica un objeto procesal y se le hace distinguible de otro si el *petitum* no se relaciona con su causa de pedir. Y esta causa de pedir, en el asunto analizado, son los elementos tanto fácticos como jurídicos al que se conectan las cuestiones relativas a la ilicitud de las cláusulas del contrato que fundó el procedimiento de ejecución y que concluyó con el desplazamiento patrimonial consistente en la adjudicación forzosa de la vivienda al ejecutante con efectos solutorios y por un valor muy inferior del correspondiente al tiempo de despacharse la ejecución.

8. Sobre la causa de pedir y la preeminencia de su doble componente fáctico –sostenido por la teoría de la substanciación– y jurídico –teoría de la individualización–, es de sobra conocido que el artículo 400 LEC ha impuesto al demandante la carga de su alegación: «*Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior*», dice el artículo 400 LEC.

Así afirmados, tendrá luego el tribunal el deber de resolver congruentemente «*conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*», como manda el artículo 218 LEC.

8. Trasladando esto al asunto de la sentencia, es, sin duda, relevante que el demandante fundamentara su pretensión indemnizatoria en el enriquecimiento injusto. Pero también lo es que, cumpliendo con la carga de alegación del artículo 400 LEC, en la demanda se contuvieran todos los hechos y las causas jurídicas que explican el –a su juicio– “injusto” empobrecimiento padecido en el proceso hipotecario mediante la adjudicación forzosa de la vivienda al ejecutante por el valor del total de una deuda que se dio por vencida anticipadamente a virtud de una cláusula nula cuyo carácter abusivo no pudo suscitarse de oficio ni a instancia de parte en el propio proceso.

Con la descripción del asunto puede valorarse positivamente que estaban deducidos como causa de pedir o fundamento de la condena dineraria todos los hechos y los fundamentos jurídicos relevantes del enriquecimiento injusto –que es la *editio* con la que el demandante denominó su acción–. Pero esto también significa que antes, según su orden lógico-jurídico, estaban igualmente deducidos los hechos y los fundamentos de la nulidad contractual por el carácter abusivo de las cláusulas atacadas, situados en los artículos 6 de la Directiva 93/13, 83 TRLDU y 1303 CC, referibles todos ellos a las cuatro cláusulas abusivas cuya ilicitud no cupo atacar en su día «desde dentro» del proceso hipotecario.

9. Dicho de otra forma: entre los hechos de la demanda, las normas jurídicas alegadas y el título jurídico del enriquecimiento injusto hay una fuerte ligazón. Y esta ligazón también comprende el título fáctico y jurídico de los efectos restitutorios de la nulidad contractual de la cláusula de vencimiento anticipado y la necesidad de hacer frente a las consecuencias indemnizatorias que pueden fundarse en la ilicitud del proceso de ejecución hipotecaria en virtud de los principios de no vinculación y de efectividad de la Directiva 93/13.

Hay que dolerse de que todo esto haya quedado deliberadamente fuera de la reinterpretación del objeto del proceso efectuada por la Sala, y que se sume –lo veremos– a la reinterpretación de la jurisprudencia de la Gran Sala del TJUE y al vaciamiento de la norma nacional del artículo 1303 CC que veremos más adelante.

10. A pretexto de una –siempre criticada por DE LA OLIVA SANTOS– rigorista e inflexible lectura de la *editio actionis* que encabeza y cierra la demanda, la Sala ha ignorado que la «injusticia» en que el consumidor demandante funda la petición de condena dineraria se basaba en hechos y en argumentos jurídicos aducidos en la demanda, como –cumulativamente– la nulidad de la cláusulas atacadas, la garantía de no vinculación del artículo 6 de la Directiva 93/13, la imposibilidad del debido examen tempestivo en el proceso hipotecario contra la vivienda y, finalmente, la adjudicación de la vivienda por un menor valor del convencionalmente atribuido y vigente al tiempo de interponer la demanda.

Si se acepta el retruécano, por el agotamiento que merece la efectividad de la debida protección del consumidor, vale aquí decir que las causas de la causa de pedir son también causa de lo pedido. Y le incumbía al tribunal, como manda el artículo 218 LEC, «*sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer*

valer, resolver[á] conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

11. Así pues, la afirmación de que no se ha suscitado la «*ilicitud del procedimiento*» o la «*nulidad de la adjudicación*» incurre en el error de identificar *petitum* y *causae petendi*, como si fuera un mismo todo, con el resultado de restringir indebidamente y en perjuicio del consumidor el objeto del proceso. Y esto, a la postre, ha escamoteado los argumentos sustantivos más fundados de la condena indemnizatoria planteada por el consumidor demandante.

5.5. *Sobre la inoponibilidad de la nulidad frente a la transmisión forzosa del inmueble en favor del ejecutante: omisiones y quiebras lógicas*

1. El enfoque dado por la Sala al objeto del proceso deja especialmente diluida la infracción del principio de no vinculación del artículo 6 de la Directiva 93/13, en relación con los artículos 83 TRLDCU y 1303 CC, en la senda –ya casi institucionalizada– de que nuestros más importantes tribunales se resistan a enmendar los defectos legales y jurisprudenciales de nuestro sistema nacional que obstaculizan la plena efectividad de los derechos que el artículo 7 de la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores.

2. El aptdo. 3 del FJ 5º de la sentencia aborda el alcance de la nulidad contractual de la cláusula de vencimiento anticipado y su propagación al proceso hipotecario iniciado y concluido antes del año 2013 y en el que no fue posible en absoluto depurarla, con el resultado de haber padecido el consumidor la pérdida, por adjudicación con plenos efectos solutorios, de su vivienda en favor de la entidad ejecutante. Ahora, en el seno del proceso declarativo posterior del artículo 698 LEC, el consumidor pretende que, una vez declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, su *ilicitud* –sí, *ilicitud*– se propague a la adjudicación de la vivienda aprobada en el proceso hipotecario concluido; funda su pretensión en los artículos 6 de la Directiva 93/13 y 83 TRLDCU, así como del artículo 1303 CC, sobre los efectos restitutorios de la nulidad contractual; y todo ello, para que, con estimación del recurso, se condene a la parte demandada a restituir al consumidor la cantidad de 139.603,22 euros en que se cifran los perjuicios causados por la pérdida del bien adjudicado al predisponente.

3. Pues bien, con base en una relectura de la STJUE (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022 (C-600/19) y la de 7 de diciembre de 2017 (C-598/15) la Sala desestima este motivo porque «*una vez que la propiedad se ha transmitido mediante un procedimiento de ejecución, no puede oponerse frente a esa transmisión la nulidad de cláusulas del contrato del préstamo hipotecario, ni reclamar los efectos restitutorios del art. 1303 CC respecto del inmueble ejecutado. En otros términos: el deudor ejecutado no puede alegar la nulidad de esa cláusula para oponerse al dominio del adjudicatario sobre el inmueble así adquirido*».

En estas dos afirmaciones hay omisiones y quiebras lógicas que arrojan más sombras que luces sobre la reinterpretación nacional de la jurisprudencia europea, y a las que se suma alguna contradicción interna.

4. Se omite, en primer término, que la más reciente sentencia de las citadas, de 17 de mayo de 2022 (asunto C-600/19), ha venido a matizar la de 7 de diciembre 2017 (C-598/15) y que la segunda tiene un contexto del todo particular, porque conecta un control tardío de abusividad con una –contemplada desde el punto de vista sustantivo– venta notarial o ejecución extrajudicial hipotecaria.

También se omite que en ambas sentencias del TJUE que se citan en la sentencia la adjudicación forzosa de la vivienda se hizo en favor de un tercer adquirente. Y esto es un matiz importante porque introduce la variable de la posible enervación de la buena fe en la adquisición por parte de tercero, especialmente si está protegido por la fe pública registral. Por eso, la STJUE de 17 de mayo de 2022 extrema el cuidado sobre la oponibilidad de la nulidad no ya frente al ejecutante, sino frente a un causahabiente de este.

Pero nada de esto había que considerarlo en el asunto que se plantea ahora a la Sala.

5. El quiebro lógico de la sentencia radica en que las conclusiones de la Sala en este aptdo. 1 del FJ 5 no están avaladas por la jurisprudencia del TJUE.

Sin llegar a transcribir lo resuelto en ella, la Sala toma la STJUE de 17 de mayo de 2022 (C-600/19), en que se dispone a las claras que cuando el ordenamiento no permita oponer la nulidad o no vinculación de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado en el seno mismo –nótese bien– del proceso de ejecución a causa de haberse transmitido los derechos de propiedad del bien ejecutado «a un tercero», resulta obligado «que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas» (aptos. 57 y 60.2). Esto último, como poco.

Con la ventaja de la recreación, la Sala nacional ha realizado una relectura de la sentencia luxemburguesa para hacer decir a la Gran Sala lo que esta no dice, a saber:

1ª) La Gran Sala en su SJTUE de 17 de mayo de 2022 no dice que no cabe oponer en un proceso declarativo posterior («desde fuera») la nulidad o no vinculación de la cláusula de vencimiento anticipado *ex* artículo 6 de la Directiva 93/13, frente al predisponente al que, en calidad de acreedor ejecutante, se haya trasmitido el bien en el proceso de ejecución con plenos efectos solutorios.

En este punto hay una lectura doblemente descontextualizada del aptdo. 57 de la sentencia de Gran Sala, que está referido a los límites de examinar «desde dentro» de un proceso hipotecario un incidente de nulidad por abusividad.

Además, se trataba de anular las actuaciones de una adjudicación que se había consumado en favor de un cesionario. El matiz es importante porque planea sobre él, como se ha dicho, la cuestión de una eventual pérdida irreversible de la vivienda a manos de un tercero de buena fe.

2ª) La Gran Sala dice que, para los casos patológicos en que se hubiera consumado el daño de perder irreversiblemente la bien hipotecado en virtud

de las normas sobre adquisiciones de buena fe por parte de terceros, resulta obligado, como mínimas exigencias de efectividad en la protección de los derechos del consumidor, que «desde fuera» queden, al menos, establecidos medios de reparación de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas.

3^a) Con ello llegamos al gran defecto de *non sequitur* de esta sentencia, consistente en que la Sala nacional concluye, tomando la STJUE de 17 de mayo de 2022, que «*el deudor ejecutado no puede alegar la nulidad de esa cláusula para oponerse al dominio del adjudicatario*».

6. No sale bien parado el artículo 1303 CC en esta sentencia. Se le sacrifica con la pobre razón –ya criticada páginas atrás– de que en el presente caso «*no se pide la restitución de la finca ejecutada*» ex artículo 1303 CC.

Con ello, la Sala rechaza la virtualidad *indemnizatoria* del artículo 1303 CC, como si sólo la tuviera *restitutoria* y no cupiera pedir judicialmente con base en la nulidad más que la devolución de la *eadem res*, y no la indemnización de las consecuencias económicas por la pérdida del bien. Es decir, se niega al artículo 1303 CC el efecto económico reparador que, precisamente, es el *minimum* de tutela que se preocupa de asegurar la STJUE de 17 de mayo de 2022. Con esto, la regla «*quod nullum est nullum effectum producit*» se limita –para la Sala– a la devolución de la *eadem res* –que no se ha pedido, es cierto–, sin ir más allá.

Con ello, la Sala también desvirtúa la propagación de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado al despacho posterior de una ejecución hipotecaria ilícita que ha conducido a una adjudicación forzosa materialmente atacable ex artículo 1303 CC –el artículo 6 de la Directiva no asoma aquí–, con el resultado de rebajar mucho –por debajo, a mi juicio, del test de efectividad del artículo 7 de la Directiva 93/13– las expectativas de tutela deseadas por la Directiva 93/13 y por el TJUE.

De estas expectativas hablan por sí las palabras de la STJUE de 16 de marzo de 2023, M. B. y otros, C-6/22, aptdo. 62: «*El juez está obligado a aplicar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, nacen de la declaración del carácter abusivo de la cláusula en cuestión para alcanzar el resultado buscado por el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, que el consumidor no quede vinculado por una cláusula abusiva. Lo mismo sucede cuando, tras haberse declarado el carácter abusivo de una cláusula, se trate de determinar las consecuencias que deben extraerse de esa declaración para garantizar, conforme a la finalidad de la citada Directiva, un elevado nivel de protección del consumidor (sentencia de 25 de noviembre de 2020, Banca B., C269/19, EU:C:2020:954, apartado 43)*».

7. Rota la propagación de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, llega la sentencia al punto de examinar los derechos que se hacen valer en el proceso posterior del artículo 698 LEC «*para obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas*». Y este es el punto en el que el discurso se deriva hacia la doctrina del enriquecimiento injusto:

«3.3. La aplicación de esta doctrina ha permitido en este caso la tramitación del procedimiento declarativo que ha dado lugar a este recurso, en el que la sentencia de apelación confirmó la declaración de la nulidad de las cláusulas sobre el límite mínimo de variación del tipo de interés ordinario, gastos, intereses de demora y vencimiento anticipado, así como la condena a la restitución de lo abonado en aplicación de las citadas cláusulas, y desestimó la pretensión de la declaración de la existencia de un enriquecimiento injusto, que ahora se cuestiona».

8. Repárese en cómo queda aquí delimitado el objeto del proceso, pues se habla de (i) «restitución de lo abonado en aplicación de las citadas cláusulas» y (ii) de «pretensión de la declaración de la existencia de un enriquecimiento injusto», cuando lo que se pide es la condena a pagar 139.603,22 euros en concepto de enriquecimiento injusto derivado de la adjudicación *pro soluto* de la vivienda en favor de la ejecutante a resultas de la ejecución hipotecaria.

Con esto la Sala reconduce la argumentación hacia el terreno del enriquecimiento injusto, pero por el camino causa asombro que los efectos patrimoniales producidos en una ejecución hipotecaria que concluye con la adjudicación al acreedor de la vivienda con efectos solutorios, es decir, en pago de la deuda debida *por todos los conceptos*, estos efectos sean *parcialmente* reversibles en función de su objeto, cuando todos ellos son resultado del desplazamiento patrimonial que resulta de la aplicación del mismo artículo 671 LEC.

9. Está por ver si es este planteamiento colma las exigencias del principio de efectividad del artículo 7 de la Directiva 93/13. Este análisis no puede abordarse aquí; pero es posible augurar que los jueces de Kirchberg todavía tengan mucho que decir en relación con (i) la interpretación restrictiva de la propagación de la nulidad de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado a la ilicitud del proceso de ejecución despachado y sobre la reparación de los perjuicios con fundamento en los artículos 6 de la Directiva 93/13 y artículos 83 y 1303 CC; y (ii) la conformidad con la Directiva 93/13 de la interpretación de los artículos 698, 400 y 218 LEC que resulta de la tutela dispensada en esta sentencia y que dificulta gravemente el ejercicio de los derechos restitutorios del consumidor.

5.6. *El enriquecimiento injusto relacionado con la adjudicación forzosa de bienes al acreedor ex artículo 671 LEC*

1. Con lo dicho llegamos a la teoría sobre el enriquecimiento injusto o sin causa, sobre sobre la que podrá decir más y mejor la doctrina iusprivatista.

Desde la perspectiva y con las bases en que se funda el Derecho privado se podrá valorar mejor la incidencia de todos los valores en liza, incluido el carácter causal y no abstracto de nuestro sistema de transmisión de derechos y si es posible construir una «*condictio* por prestación».

2. La invocación de la sentencia que nos ocupa al «*principio general de equilibrio y conmutatividad de las relaciones contractuales*» (aptdo. 6.5 del FJ 5º) apunta a esta

posible función en el futuro, pero –dado su, de momento, carácter hipotético– también cabe vislumbrar en estas palabras un “arma persuasiva” dirigida a desactivar –en clave de principios– una eventual sentencia luxemburguesa sobre la primacía y el principio de efectividad de la Directiva 93/13.

El tiempo decantará esta hipótesis, aunque desde las filas del Derecho procesal esperamos que cualquiera que sea la función que se asigne al enriquecimiento injusto sea compatible con un sistema efectivo y ordenado de tutela en el que la distribución de cargas entre las partes y la función de los tribunales estén repartidos equitativamente.

5.6.1. EL «AGGIORNAMENTO» DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN MATERIA DE ADJUDICACIÓN *EX* ARTÍCULO 671 LEC

1. Como primer análisis, cabe señalar que esta sentencia retoma, reafirma y consolida el «*aggiornamento*» (DÍAZ FRAILE, 2015) que suponen las anteriores SSTs 261/2015 de 13 de enero y 152/2020 de 5 de marzo, relacionadas con adjudicaciones realizadas en el seno de procesos de ejecución.

Frente a la postura “negacionista” de la STS 829/2008 de 25 de septiembre, la «trilogía» de SSTs 215/2015, 152/2020 y la presente 1216/2023 abren parcialmente el ámbito del enriquecimiento sin causa a los supuestos en que la adjudicación forzosa al ejecutante *ex* artículo 671 LEC, a resultas de una ejecución basada en un contrato con cláusulas abusivas, va seguida de una posterior enajenación por un precio muy superior al de la adjudicación en un corto lapso.

2. Recordemos en este punto –como rememora la sentencia en el aptdo. 4.3 del FJ 5º– que quedan fuera del ámbito del enriquecimiento injusto y aun de la protección de la Directiva 93/13 aquellas atribuciones patrimoniales que obedecen a la aplicación de disposiciones legales, como –en el caso planteado– el artículo 671 LEC. Nada hay aquí nada que objetar a esto, puesto que el artículo 671 LEC es, en efecto, una norma procesal que faculta al ejecutante, en caso de subasta desierta, a adjudicarse el bien realizado por valores pre-determinados inferiores y referenciados al valor de tasación del bien.

3. El aptdo. 6.2 del 5º de la sentencia desarrolla este punto convenientemente desde el marco conceptual del enriquecimiento sin causa. La determinación de los valores legales del artículo 671 LEC son, sin duda, producto de una mera convención legal y, por tanto discutidos y discutibles (y más cuando su aplicación ha quedado en manos de personal no jurisdicente); pero no por ello cabe discutir el carácter legal y justificado del desplazamiento patrimonial *ex* artículo 671 LEC, si de atacarlo se trata con la munición del enriquecimiento injusto.

5.6.2. LOS VALORES DE ADJUDICACIÓN Y LA GENERACIÓN DE PLUSVALÍAS MUY SIGNIFICATIVAS EN BREVE LAPSO

1. Respecto de los valores de adjudicación, no puede perderse de vista que «*la posibilidad de adjudicarse el inmueble por el 50% se prevé en el art. 671 LEC*

(actualmente el 70% tratándose de vivienda habitual) bajo el presupuesto de que, en la práctica, nadie opte por el inmueble y la suposición de que no cabe obtener mayor precio por el bien, en los supuestos de subasta desierta o sin postores a que se refiere dicho precepto» (aptdo. 6.4 del FJ 5°).

2. Este argumento es relevante para fundar una pretensión restitutoria en el enriquecimiento sin causa, mas no lo es para fundarla –ex artículo 6 de la Directiva 93/13, 83 TRDCU y 1303 CC– en los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

No volveremos ahora sobre la cuestión –tratada más arriba– de la delimitación del objeto del proceso cuando se postula una condena dineraria; pero debe recordarse que, en contra de lo que sostiene esta sentencia, en el proceso declarativo del artículo 698 LEC es dable cuestionar –por efecto de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado– la licitud del proceso de ejecución despachado a instancias del predisponente contra el consumidor, para pretender –en lugar de la restitución *in natura* de la *eadem res*– el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos.

3. A los efectos restitutorios de la nulidad por abusividad (= lo que, según esta sentencia, no se enjuicia aquí), es importante tener en cuenta que la falta de postores que desencadena la aplicación del artículo 671 LEC determinante de la pérdida del bien debe ser valorada como *factor concurrente a la producción del evento dañoso*, y no como la evidencia del escaso valor del bien cuya pérdida se trata de resarcir.

El valor del bien anterior a su pérdida debe determinarse por el valor de mercado al tiempo de darse por vencida anticipadamente la deuda en virtud de la cláusula nula; no, de forma automática, por el valor de tasación ni por el valor de adjudicación: el de mercado es el que habría de servir para, tomando este valor, individualizar el *quantum* de los daños y perjuicios en el *superfluum* que arroje sobre el valor de adjudicación, aunque, a falta de acreditación, permanezca vigente el valor de tasación, especialmente si fue el mutuamente acordado como en el asunto planteado.

4. Volviendo a la materia del enriquecimiento sin causa, el carácter parcial de la “apertura” del ámbito de esta figura consiste en exigir el requisito antes mencionado, consistente en que la adjudicación forzosa del bien vaya seguida de una transmisión posterior, ocurrida en un lapso breve, que evidencie una plusvalía muy relevante o ganancia tal respeto del valor de adjudicación que sea susceptible de reputarse «sin causa».

Este requisito jurisprudencial lo debemos a la aperturista STS 215/2015, que luego confirmó también la STS 152/2020, ambas relativas a adjudicaciones forzosas *pro solvendo*. Lo que tiene de novedoso la sentencia que nos ocupa es que extiende el ámbito de aplicación del enriquecimiento injusto al supuesto de la adjudicación forzosa dotada de efectos solutorios.

5. Pues bien, para este supuesto de precedente adjudicación de eficacia solutoria «*a maiore ad minus resulta también aplicable a los casos en que la adjudi-*

cación del inmueble en el procedimiento de ejecución hipotecaria extingue totalmente la deuda» (FJ 5, aptdo. 6.1).

Para que prospere la condena dineraria basada en el enriquecimiento injusto, la Sala mantiene la exigencia de que *«tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el sólo podría advertirse cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma» (FJ 6º, aptdo. 2).*

6. El legislador, como sabemos, se propuso en evitar el injustificado empobrecimiento de los deudores hipotecarios mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Respecto de las adjudicaciones hipotecarias *pro solvendo*, esta ley introdujo –entre otras muchas reformas– la novedad del artículo 579 LEC, que confiere al deudor ejecutado frente al que se despacha ejecución ordinaria por el exceso de deuda que haya quedado debiendo, el derecho a participar indirectamente de las plusvalías que puedan generarse en los diez años siguientes la transmisión del bien adjudicado al predisponente.

Para las adjudicaciones hipotecarias *pro soluto* no se ha dispuesto legislativamente ninguna medida y, por ello, los aptdos. 2 y 3 del FJ 6º de esta sentencia asumen naturaleza cuasi-normativa en cuanto admiten la restitución del enriquecimiento injusto por la generación de plusvalías e introduce sus requisitos. Esta dimensión cobra mayor importancia por lo fácil que resultaba desestimar el recurso por no constar que la finca se hubiera vendido ni que se hubiera obtenido ninguna plusvalía (aptdos. 1 y 4, FJ 6º), que es uno de los requisitos de la doctrina fijada en esta sentencia para las adjudicaciones de efectos solutorios.

7. Pues bien, en el aptdo. 2 del FJ 6º la Sala determina la plusvalía resarrible dentro de los términos específicos del enriquecimiento sin causa proveniente de una adjudicación forzosa de eficacia solutoria en la *«diferencia entre el valor de adjudicación conforme al art. 671 LEC, y el importe del precio obtenido por la venta posterior de la misma finca, y presupuesto el mantenimiento de la misma situación fáctica y jurídica de la finca en ambos momentos».*

Ahora bien, *«la apreciación de tal plusvalía (...) requeriría por tanto dos requisitos adicionales: (i) que el intervalo de tiempo transcurrido entre ambas transmisiones sea relativamente breve, y (ii) que el importe de dicha plusvalía sea «muy relevante. En este caso, no se ha alegado ni se ha acreditado la existencia de esa plusvalía».*

8. La justificación de esta doctrina se contiene en el aptdo. 3 del FJ 6º, pero en ella la Sala no es mucho más precisa sobre los conceptos jurídicos indeterminados –dejados al juicio de hecho– que definen ambos requisitos (*«relativamente breve»*, *«breve lapso»*, plusvalía *«muy relevante»*, *«importante plusvalía»*, valor *«exageradamente inferior»*):

«3. Lo que justifica que revierta a favor del deudor ejecutado una parte de la plusvalía obtenida por la venta de una finca adjudicada a un ejecutante en un procedimiento ejecutivo que concluye con una subasta desierta, es el hecho de que la generación de una importante plusvalía en un breve lapso de tiempo puede responder a que el valor de adjudicación al acreedor fue en realidad exageradamente inferior al valor real del bien ejecutado.

Inferencia que conduce, a su vez, a la conclusión de que el sacrificio patrimonial que para el deudor supuso la ejecución, y consiguiente pérdida del inmueble, no obtuvo el correlato equivalente en la medida o proporción en que aquella adjudicación extinguía la parte de la deuda perseguida correspondiente a dicho valor.

*En esta situación, el principio de proscripción del enriquecimiento injusto impone, a fin de restablecer el equilibrio real de la economía del contrato (del préstamo garantizado por la hipoteca ejecutada, en su faceta de derecho de realización de valor o *ius vendendi*), que una parte de aquella plusvalía revierta a favor del deudor en forma de extinción de la deuda remanente en la proporción correspondiente (proporción que el art. 579.2,b) LEC fijó para los casos sujetos a su ámbito de aplicación en un 50%)».*

5.6.3. SOBRE LA RESTITUCIÓN BASADA EN LA PROSCRIPCIÓN –EN GENERAL– DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y EN EL RÉGIMEN DE NULIDAD DE ACTOS POR AUSENCIA DE CAUSA JURÍDICA

1. Lo anterior no agota el análisis. La Sala no omite considerar otros dos puntos de vista más en el FJ 6º: (i) el del régimen “general” de la proscripción del enriquecimiento sin causa (apdo. 5); y (ii) el del régimen de nulidad de actos por «ausencia de causa jurídica» (apdo. 6).

2. Desde la proscripción –en general– del enriquecimiento sin causa, la Sala aligera los dos requisitos que sí se piden en el régimen especial del enriquecimiento sin causa por adjudicación forzosa de un bien ulteriormente transmitido, pero en su lugar se adopta una postura que constituye un aviso a los navegantes que se dispongan a surcar las –aparentemente– más tranquilas aguas de la restitución de daños y perjuicios. Lejos de ser tranquilas, esta sentencia las mueve y mucho.

Así, no carece de intención la observación de la Sala sobre el hecho de que «en virtud de la adjudicación del bien en la ejecución ingresa en el patrimonio de la demandada un activo (el inmueble) y sale otro activo (el crédito, que se cancela); a ambos activos les atribuye el ordenamiento un mismo valor (art. 671 LEC). Y esto, trasladado al supuesto en que se haya adjudicado el bien al ejecutante con eficacia solutoria, supone una operación económicamente neutra, en el sentido de que no permite identificar ninguna clase de enriquecimiento injusto y, además, la transmisión opera en virtud de la aplicación de la norma legal del artículo 671 LEC.

«En el caso, en virtud de la adjudicación del bien en la ejecución ingresa en el patrimonio de la demandada un activo (el inmueble) y sale otro activo (el crédito, que se cancela); a ambos activos les atribuye el ordenamiento un mismo valor (art. 671 LEC); como dijimos en las sentencias de 13 de enero de 2015 y 152/2020, de 5 de marzo (...)

Esos desplazamientos patrimoniales se producen, incluida la valoración de los mismos, conforme a las previsiones legales del art. 671 LEC, precepto que la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, antes citada, no consideró contrario a la Directiva 93/13, al contestar a una cuestión prejudicial que planteaba justamente su posible consideración como norma constitutiva de un supuesto de enriquecimiento injusto».

3. Tampoco se deja aquí al azar la determinación de los daños y perjuicios, para –*ratione temporis*– determinarlos en el caso por «*el valor de la finca señalado en la escritura de constitución de la hipoteca (2005) se fija para que «sirva de tipo en la subasta», y que en aquel momento todavía no se había modificado el art. 681.2.1.º LEC para referenciar «el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta» a un porcentaje sobre el valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, reforma que se introdujo en la Ley 1/2013, de 14 de mayo (...)* Será el desarrollo de la subasta el que concluirá con la fijación del valor del inmueble a través de la oferta en concurrencia que comporta la licitación. El valor de los inmuebles oscila en el tiempo según las circunstancias del mercado y de las posibles modificaciones en su situación física o jurídica. Tampoco se ha alegado ni acreditado que el deudor ejecutado recuperase la solvencia en un momento posterior, durante la tramitación del procedimiento de ejecución, lo que le hubiese permitido, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades adeudadas (computando en cuanto al capital solo la parte vencida), hasta el día señalado para la celebración de la subasta (art. 693.3 LEC), es decir, hasta el 10 de abril de 2012 en que tuvo lugar la subasta» (aptdo. 5, FJ 6º).

4. Por su parte, desde la perspectiva de la ausencia de causa jurídica de la adjudicación forzosa de efectos solutorios, la evolución del discurso permite a la Sala presentar como incontestable la afirmación de que «*la causa jurídica de estos desplazamientos patrimoniales (...) está en una adjudicación producida en un procedimiento de ejecución que da lugar a la transmisión de la propiedad (artículo 673 LEC) que, conforme a la reseñada jurisprudencia del TJUE, no puede ser anulada por razón de la existencia de cláusulas nulas en el título ejecutivo»* (aptdo. 6 FJ 6º).

La Sala aquí desdobra los argumentos empleados para afirmar que existe causa jurídica en las transmisiones hipotecarias en función de una doble consideración material de derechos realizativos, como *el ius vendendi*, que hoy reciben su explicación desde la construcción de derechos de eficacia típicamente jurisdiccional, como la acción ejecutiva.

Desde su consideración sustantiva, la sentencia sitúa en el ejercicio de este derecho la causa de la adjudicación del bien hipotecado, que se activa, a su vez, «*por el incumplimiento de la obligación de pago del préstamo garantizado*». Este enfoque jurídico-material parece situar la acción hipotecaria en tiempos decimonónicos, pero no es una explicación errada de la causa a la que cabe atribuir el inicio de todo proceso de ejecución: al ejercicio de un derecho o acción por el acreedor, cuya ilicitud radica –hay que añadir– en estar basado en un contrato con cláusulas abusivas.

5. Como era de esperar por las premisas, concluye la Sala –aptdo. 7 del FJ 6º– que *«la sentencia impugnada no ha infringido la jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa en la argumentación decisoria de su fallo. Tampoco erró cuando añadió que su conclusión no quedaba afectada por el hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado hubiese sido anulada, pues esa nulidad, como afirmó, no implica ni comporta per se que se hubiera producido un enriquecimiento injustificado de la demandante, como se ha explicado ampliamente supra».*

6. Y como «argumento de refuerzo» se añade –a efectos meramente dialécticos– que el vencimiento anticipado pudo basarse en la resolución contractual del artículo 1124 CC, así como en la pérdida del plazo del artículo 1129.1º CC; e, incluso, cabía barajar el apoyo que presta la aplicación del artículo 693.1 LEC, en su redacción aplicable al caso, por el que se autorizaba la ejecución de la hipoteca en caso de que *«deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro»*, sin vencimiento anticipado del resto de los plazos de amortización (...) *Previsión legal que, por tanto, no quedaba afectada por la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues se trata de una ejecución sin vencimiento o resolución anticipada del préstamo».*

5.6.4. ¿ALGUNA OMISIÓN EN ESTA SENTENCIA?

1. ¿Queda acaso algo por decir en esta sentencia? A esta STS 1216/2023 le ha faltado, por un lado, indicar el plazo de prescripción del derecho resarcitorio del consumidor basado en el enriquecimiento sin causa por generación de plusvalías subsiguientes a la adjudicación forzosa.

Es dudoso que a una sentencia tan exhaustiva y normativa como esta se le haya pasado expresar si el plazo de prescripción es el de 1 año, de 5 años, acaso de 30 o aun imprescriptible, como la nulidad. Por motivos puramente pragmáticos, cabe augurar que en el futuro la jurisprudencia se incline por los plazos más amplios posibles, a fin de que su brevedad –como el plazo de 2 años del Derecho francés examinado en la STJUE de 21 de noviembre de 2002, C-473/00, *Cofidis*– no comprometa la efectividad de los derechos de los consumidores asegurados por la Directiva 93/13.

2. Pero, sobre todo y por otro lado, a esta sentencia le ha faltado “pasar la prueba del algodón” europeo como epílogo final; esto es, someter sus postulados y conclusiones –todos, los procesales y los materiales– al test del principio de efectividad del artículo 7 de la Directiva 93/13, que, a su vez, *«exige dar cumplimiento de otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas incorporadas a contratos no negociados (art. 6.1 de la Directiva) y el del efecto disuasorio del uso de tales cláusulas (art. 7.2 de la Directiva)»* (STC 96/2023, de 25 de septiembre de 2023).

El examen de las exigencias de protección que la Directiva otorga a los consumidores es, desde la STJUE de 26 de octubre de 2006, C-168/05 Mos-

taza Claro, una norma comunitaria de orden público –es decir, expresiva de un principio esencial de funcionamiento de la UE–, que obligaba a la Sala a considerar, como broche de cierre, si la doctrina establecida en la sentencia que nos ocupa hace imposible o excesivamente difícil recabar la protección integral que la Directiva asegura a los consumidores en virtud del principio de efectividad.

No era irrelevante que la Sala sometiera los postulados de la sentencia al crisol de determinar –por decirlo en las palabras de la reciente STC 93/2023, de 25 de septiembre– si «*redunda en entorpecimiento injustificado del derecho de los consumidores a obtener un pronunciamiento judicial que les desvincule de la cláusula abusiva y les restituya a su prístina situación fáctica y jurídica*» (FJ 3).

Veremos qué deparará el derecho pretoriano procedente de las distintas instancias, a golpe “dialogado” de sentencias que se cruzan en todas las direcciones.

5.7. Conclusión

1. En lo que hace al recurso extraordinario por infracción procesal relativo al objeto de un acto de allanamiento contradictorio e incompatible en sus términos, es correcto entender –con la sentencia– que en un contexto en el que se ejercitan varias pretensiones en acumulación objetiva, resulta necesaria la precisa individualización del objeto del allanamiento. Acertó en esto la Audiencia, aunque erró al determinar las consecuencias de la infracción del artículo 21.1 LEC. Esta infracción, cometida respecto de las pretensiones no allanadas, suponía un defecto *in procedendo*, porque quedaron imprejuizadas en la instancia; pero fue erróneamente calificado como defecto *in iudicando*, lo que ha determinado que la Audiencia haya asumido la instancia y entrado a conocer de las pretensiones no allanadas *per saltum* y con privación de una instancia. Esta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho al proceso sin indefensión (artículo 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) no puede, sin embargo, ser apreciada de oficio por la Sala con ocasión de la resolución del recurso extraordinario en el que esta cuestión no ha sido planteada.

2. Por su parte, la Sala resuelve el recurso de casación dando un cerrojo a la pretensión de indemnizar, como consecuencia de la nulidad de una cláusula abusiva de vencimiento anticipado, los daños y perjuicios padecidos por un consumidor frente al que se despachó ejecución hipotecaria conforme a un régimen anterior al año 2013 que no cumplía con los requisitos de efectividad de la Directiva 93/13 y que fue determinante de que el bien fuera realizado mediante su adjudicación al ejecutante *ex* artículo 671 LEC con efectos solutorios, esto es, extintivos del total debido por todos los conceptos.

3. Todos los motivos de casación son abordados de forma conjunta y confusa, con la intención poco disimulada de reconducir el marco conceptual hacia la doctrina del enriquecimiento sin causa, a costa de disolver en la casi

irrelevancia todas las expectativas de estimar la pretensión resarcitoria del consumidor con los fundamentos que proporcionan los artículos 6 de la Directiva 93/13, 83 TRLDCU, 1303 y 1124 CC, que, como remedios específicos, deberían haber sido agotados en su análisis al objeto de extraer las consecuencias restitutorias de la nulidad de la cláusula abusiva, antes de acudir al remedio subsidiario y excepcional del enriquecimiento injusto.

4. Para dar paso a este enfoque central de la sentencia, la Sala realiza una reinterpretación del objeto del proceso y de los efectos restitutorios de la nulidad, que le lleva a concluir –incurriendo en omisiones y quiebros lógicos no leves– que *«una vez que la propiedad se ha transmitido mediante un procedimiento de ejecución, no puede oponerse frente a esa transmisión la nulidad de cláusulas del contrato del préstamo hipotecario, ni reclamar los efectos restitutorios del art. 1303 CC respecto del inmueble ejecutado. En otros términos: el deudor ejecutado no puede alegar la nulidad de esa cláusula para oponerse al dominio del adjudicatario sobre el inmueble así adquirido»*.

5. A partir de esta premisa, queda despejado el camino para definir y reafirmar el régimen específico y subsidiario de enriquecimiento injusto que resulta aplicable a las adjudicaciones forzosas en favor del predisponente *ex* artículo 761 LEC. Por el camino, causa asombro que los efectos patrimoniales producidos en una ejecución hipotecaria que concluye con la adjudicación al acreedor de la vivienda con efectos solutorios, es decir, en pago de la deuda debida *por todos los conceptos*, gocen de diferente grado de reversibilidad en función de su objeto, cuando todos ellos son resultado del desplazamiento patrimonial que resulta de la aplicación del mismo artículo 671 LEC.

6. Por referencia a la doctrina del enriquecimiento injusto, la sentencia reafirma y completa la senda iniciada por las SSTs 215/2015 y 152/2020, en el sentido de extender su aplicación –matizada– al supuesto de la adjudicación forzosa dotada de efectos solutorios. Lo mismo que en las sentencias precursoras, se mantiene la exigencia de que *«tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante»*.

7. Lo que tiene de particular la sentencia es que define la plusvalía resarcible dentro de los términos específicos del enriquecimiento sin causa proveniente de una adjudicación forzosa de eficacia solutoria y la hace consistir en la *«diferencia entre el valor de adjudicación conforme al art. 671 LEC, y el importe del precio obtenido por la venta posterior de la misma finca, y presupuesto el mantenimiento de la misma situación fáctica y jurídica de la finca en ambos momentos»*. Ahora bien, *«la apreciación de tal plusvalía (...) requeriría por tanto dos requisitos adicionales: (i) que el intervalo de tiempo transcurrido entre ambas transmisiones sea relativamente breve, y (ii) que el importe de dicha plusvalía sea «muy relevante»*.

8. Falta por ver si los postulados y conclusiones de esta sentencia superan el test del principio de efectividad del artículo 7 de la Directiva 93/13, que, a su vez, *«exige dar cumplimiento de otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas incorporadas a contratos no negociados (art. 6.1 de*

la Directiva) y el del efecto disuasorio del uso de tales cláusulas (art. 7.2 de la Directiva)» (STC 96/2023, de 25 de septiembre de 2023).

6. Bibliografía

- BECH SERRAT, J. M., “El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato”, Cizur Menor (2019).
- DÍAZ FRAILE, J. M., “Artículo 579 en relación con el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1911 del Código civil. Adjudicación de finca a favor del acreedor ejecutante en procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles en caso de subasta desierta. Derecho al cobro del remanente insatisfecho. Enriquecimiento injusto. Abuso de derecho”, en “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil” (dir. Yzquierdo Tolsada), Vol. 7, 2015 pp. 47-62.
- FARIÑA FARIÑA, R., “La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español”, Cizur Menor (2022).
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Derecho procesal civil. Materiales para el estudio”, 6ª ed., Madrid (2024).
- GUILARTE ZAPATERO, V., “Enriquecimiento sin causa y ejecución hipotecaria (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015)”, en “Revista de Derecho Bancario y Bursátil”, n.º 139/2015.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., “La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios”, Madrid, 2018.
- ORTELLS RAMOS, M., “Derecho procesal Civil”, Cizur Menor (2018), pgs. 353 y ss.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., “Interpretación y calificación jurídica de hechos”, en “Anuario de la Facultad de Derecho” (Universidad de Alcalá), XII (2019) pp. 3-31.

