



Roj: **STS 3599/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3599**

Id Cendoj: **28079130052017100363**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **05/10/2017**

Nº de Recurso: **438/2015**

Nº de Resolución: **1513/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 5 de octubre de 2017

Esta Sala ha visto el Recurso contencioso administrativo nº 438/2015 interpuesto por Don Serafin , representado por el procurador Sr. García de la Cruz Romeral contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 27 de febrero de 2015 desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 8 de mayo de 2015 Don Serafin interpone el presente Recurso Contencioso Administrativo contra la resolución del Consejo de Ministros de fecha 27 de febrero de 2015, relativa a responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneración del Derecho de la Unión Europea contenida en la regulación de la ejecución hipotecaria.

**SEGUNDO** .- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo y reclamado el expediente administrativo, en escrito presentado el 20 de enero de 2017 se procedió a formalizar la demanda, en la que la parte actora, tras precisar los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que consideró oportunos, interesaba "...se dicte sentencia por la que se anule el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 27 de febrero de 2015, por ser contrario a derecho y se declare la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho Comunitario y se acuerde indemnizar a mis representados en la cantidad de 665.235 € (SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS), con imposición de costas a la Administración demandada, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la reclamación administrativa y los previstos en el art. 106 LJCA ."

**TERCERO** .- En fecha 6 de marzo de 2017, el Abogado del Estado, se opuso al recurso mediante escrito de contestación a la demanda en el que suplica a la Sala que "tenga..., por contestada la demanda, y previos los trámites pertinentes dicte en su día sentencia desestimando la misma y confirmando el acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, por ser plenamente ajustado a Derecho, con imposición de las costas procesales a la recurrente."

**CUARTO** .- Por providencia de 27 de marzo de 2017 se tiene por reproducida la documental que obra en el expediente administrativo como solicitó la parte recurrente en su escrito de demanda mediante el primer otrosí, y se concede el término de diez días a las partes para que formulen escrito de conclusiones sucintas, y efectuado dicho trámite con el resultado obrante en las actuaciones, quedaron concluidas las mismas, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 26 de septiembre de 2017, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO. Objeto del recurso y motivos de impugnación.-**

Se interpone el presente recurso contencioso administrativo número 438/2015, por Don Serafin , contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en sesión de fecha 27 de febrero de 2015, desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. La mencionada resolución desestima la reclamación de los daños y perjuicios que se imputaban a la Administración General del Estado, en concreto, se aduce que el recurrente había adquirido por sucesión hereditaria con otros coherederos, una finca en la que se había construido una vivienda que constituye la vivienda habitual del recurrente, sobre la que la causante del recurrente había constituido la garantía hipotecaria de un crédito por importe de 120.202,42 €. La entidad bancaria prestataria, el Banco Español de Crédito, ante el impago de las correspondientes cuotas de amortización por el recurrente, en diciembre de 2003, se declaró por el Banco vencido el crédito requiriendo al deudor notarialmente el pago del importe del crédito pendiente amortización; cediendo el crédito a un tercero que instó el procedimiento de ejecución hipotecaria en el año 2004, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castropol (Asturias), en el que el recurrente adujo que el crédito concertado contenía cláusulas abusivas y, por tanto, la ejecución era nula; alegación que se rechazó por el Juzgado a la vista de las limitaciones que en el mencionado procedimiento de ejecución establecía, al momento de autos, limitaciones para invocar dicha oposición, sin examinar la alegación. Consecuencia de todo ello es que por auto, tras la celebración de subasta en fecha 24 de junio de 2005, procediéndose a la adjudicación de la finca a tercero.

Agotado en sus efectos el mencionado procedimiento de ejecución, y a la vista de la sentencia dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en fecha 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11 ; ECLI: EU:C:2013:164 ), declarando contrario a la Directiva 93/13-CEE el procedimiento de ejecución hipotecaria del Derecho español, en su regulación al momento de tramitarse el seguido contra el recurrente, se razona en la demanda que ese incumplimiento de la normativa nacional de la exigencia del Derecho de la Unión, sobre la ejecución hipotecaria, le impidió la defensa de sus derechos y la pérdida de su propiedad, con obligación de pagar el resto de crédito pendiente, daños y perjuicios que se dicen imputables al Estado español por incumplimiento de la mencionada normativa europea.

A tenor de lo que se razona en los fundamentos de la demanda, se considera que existe un manifiesto incumplimiento por parte del Estado Español de la normativa comunitaria al no trasponer la mencionada Directiva de manera procedente, lo cual impidió a el recurrente, o sus causantes, haber opuesto a la ejecución hipotecaria la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria del que traía causa y, por tanto, la declaración de nulidad de dicho contrato. Que ello es así lo evidencia, a tenor de las razones que se dan en los fundamentos de la demanda, la reforma subsiguiente a la referida sentencia del TJUE de la normativa española en el procedimiento de ejecución hipotecaria y, en general, del contrato de préstamo con garantía hipotecaria para supuestos como el del recurrente. De lo expuestos se concluye que concurre el supuesto de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea al momento de tramitarse el procedimiento al que se sometió al recurrente por la entidad bancaria acreedora.

La mencionada responsabilidad, se afirma en la demanda, está regulada en el artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público , afirmándose que dicho precepto *"ha introducido cambios en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leves declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda. Existe, o parte la responsabilidad del Estado legislador, de una vulneración de la confianza legítima."* En el sentido expuesto se considera que es manifiesta la vulneración, por el Estado Español, de *" una normativa de obligado cumplimiento de la Unión "*; ya sea por falta de trasposición de la mencionada Directiva o por defectuosa interpretación de la misma. Se vincula dicho incumplimiento a la confianza legítima *" de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y las leyes"*.

Como manifestación de esa clara vulneración de la normativa europea, con la cita de la ya mencionada sentencia de 2013, los perjuicios ocasionados al recurrente no pudieron evitarse por haberse consumado con anterioridad a las modificaciones llevadas a cabo tras la referida decisión del Tribunal de Luxemburgo; en cuanto no pudo aducir, en la ejecución hipotecaria accionada en su contra, la nulidad de las cláusulas, por abusiva, en que se funda dicha ejecución, porque, conforme a la declaración que se hace en la sentencia del Tribunal europeo, no era admisible en el procedimiento vigente de ejecución hipotecaria hacer dicha alegación. Y esa responsabilidad se genera con independencia de que el recurrente hubiera aducido, en su momento, el carácter abusivo de las cláusulas, conforme tiene declarado la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea.

Se considera, por tanto, que *"existe una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado (aprobar leyes que cumplan con el ordenamiento de la Unión), y el daño sufrido por el particular, causado por el incumplimiento del Estado legislador; sin que tal relación de causalidad pueda*



entenderse rota por el hecho del que el reclamante no agotara los recursos administrativos o judiciales frente a la ejecución realizada ( STS 14-01-2011 , respecto a liquidación de IVA)." Conforme a dichas consideraciones se estima que concurre en el caso de autos todos los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión, conforme a la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que se dice haber cambiado respecto de lo que se veía declarando, de un distinto régimen según que la responsabilidad del Estado Legislador se fundara en vulneración del Derecho interno o europeo, dejando cita de lo que se considera la jurisprudencia expresiva de la institución. Se aduce que, en contra de lo declarado en la resolución que se impugna, es indiferente que el actor hubiera podido instar, y no lo hizo, al procedimiento declarativo ordinario en el que poder aducir la nulidad de la cláusula, porque se considera que esa omisión es irrelevante a los efectos de declarar la responsabilidad exigida. Por todo ello se considera que procede la reparación del daño ocasionado, que se considera asciende a la cantidad reclamada en la demanda por ser los daños y perjuicios realmente producidos con la ejecución hipotecaria contraria a la norma comunitaria, que debe incluir el lucro cesante y el daño emergente.

A la vista de esos fundamentos de la parte recurrente, la Abogacía del Estado, en defensa de la Administración demandada, sostiene la improcedencia de la reclamación sobre la base a que la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, ya citada, al declarar la vulneración de la Directiva 93/13/CEE, contiene una dualidad de argumentos, uno primero, referido al sistema procesal español de ejecución hipotecaria, que no es acorde a la Directiva por no prever la posibilidad de que las partes aduzcan o el juez, de oficio y teniendo constancia, pueda declarar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato del que trae causa la ejecución, es decir, porque no se autoriza al Juez que conoce de dicha ejecución la suspensión del procedimiento para pronunciarse sobre dicha nulidad contractual, dando lugar, a juicio de la contestación de la demanda, a una indemnización; la segunda argumentación del Tribunal de Justicia, está referida a la posibilidad de declaración de una determinada cláusula como abusiva y contraria a la Directiva, declarando el Tribunal que a este corresponde interpretar el concepto de cláusula abusiva, conforme a lo establecido en la Directiva, correspondiendo al Juez nacional determinar, caso por caso, si efectivamente, conforme a dichos criterios, una concreta cláusula debe considerarse como tal. Anudado con el mencionado argumento, se considera por la defensa de la Administración, acorde a lo que ya se razonaba en la demanda, que la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en relación con los supuestos de responsabilidad del Estado Legislador por vulneración de la normativa comunitaria, requiere los siguientes requisitos: 1º que la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a particulares; 2º que la violación esté suficientemente caracterizada y 3º que medie una relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido.

De tales exigencias se centra la defensa de la Administración demandada en el segundo, en la exigencia de que la violación esté suficientemente caracterizada, en el sentido acuñado por la Jurisprudencia del TJUE, con cita de las declaraciones que se hacen en la sentencia de 5 de marzo de 1996 (asuntos C-46/93 y C-48/93 ; "Brasserie du Pêcheur, S.A."), oponiéndose en este concreto supuesto a los razonamientos que se hacen en la demanda. Se estima que en el caso de autos no cabe apreciar dicho supuesto porque, conforme a la mencionada doctrina, la norma comunitaria vulnerada carecía de claridad y precisión; existía un margen de apreciación a las autoridades nacionales; no había intencionalidad de ocasionar perjuicio; el carácter excusable del error y, en definitiva, que no ha perdurado en el tiempo. Finalmente se aduce que no existe una causalidad directa y exclusiva entre el daño reclamado y la pretendida vulneración del Derecho de la Unión. De otra parte, se opone que no se ha procedido a reclamar contra la pretendida nulidad de cláusula abusiva, ejercitando las acciones que hubieran permitido hacer dicha declaración que no existe en el caso de autos. Finalmente se opone que no existe prueba sobre el daño y su amplitud, en concreto la extensión que el mismo debería tener a la vista de procedencia del inmueble de una comunidad de herederos, terminando por suplicare que se desestime la pretensión.

## **SEGUNDO. Fundamento de la pretensión. La responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.-**

Hemos de tener en cuenta, en lo que se refiere al presente proceso, este Tribunal ya ha conocido de un supuesto en todo punto idéntico al presente, a salvo de los elementos de hecho, en la sentencia 1.491/2.017, de 3 de octubre ; por lo que, en base al principio de unidad de doctrina y de igualdad en la aplicación e interpretación de las leyes por los Tribunales, procede adoptar la misma decisión, con base en los mismos fundamentos de esa previa sentencia. Y en este sentido ya declaramos que la fundamentación de la pretensión en la demanda vincula los daños y perjuicios que se dice sufrido por el recurrente --pérdida de la vivienda que habían adquirido de su causante con una garantía hipotecaria-- a la infracción por el Estado Español del Derecho Europeo. En concreto, porque nuestro País no había traspuesto en tiempo la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**. En el razonar de la demanda, la falta de trasposición en plazo --conforme al artículo 10 de la Directiva, " a más tardar, el 31 de diciembre de 1994 "-- impidió al recurrente invocar en el procedimiento de ejecución hipotecaria al que se vio



abogado, por no poder atender los pagos del préstamo hipotecario, aducir la nulidad, por ser contraria a la Directiva –y, de haberse traspuesto, al Derecho Español– de las cláusulas por las que se instó el procedimiento de ejecución hipotecaria que, por su regulación en el Derecho nacional, impedía hacer dicha invocación por no existir momento procesal oportuno antes de la ejecución del bien hipotecado. En suma, se considera que la falta de trasposición de la Directiva, les ha ocasionado los perjuicios que se reclaman en el proceso, tras su denegación por la Administración en la resolución impugnada.

Interesa dejar constancia clara de que los argumentos de la demanda, para fundar la pretensión indemnizatoria, se vinculan al hecho de que el actor, conforme a la legislación española vigente al tramitarse el procedimiento de ejecución hipotecaria que concluyó en la desposesión de su vivienda y obligación del pago de la parte del crédito no satisfecha, estuvo propiciada porque, deberá entenderse, conforme a la Directiva de 2003, en el contrato en que se fundaba dicha ejecución existían cláusulas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho y que por la regulación en nuestra legislación del mencionado procedimiento de ejecución, se vieron imposibilitados de invocar dicha nulidad del título de ejecución ocasionándose con ello el perjuicio que se reclama en la demanda. En suma, que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (ECLI: EU:C:2013:164 ), dictada en el procedimiento de cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de los de Barcelona, ha venido a legitimar la reclamación de los daños y perjuicios.

Referido el debate a la responsabilidad del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, debemos comenzar por recordar que en nuestro Derecho la regulación de dicha institución de resarcimiento se introduce a instancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ya se declaró en las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de enero de 2003 (recurso 8376/1998 ), habiendo sido acogido en el invocado artículo 32.5º de la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público , que formalmente no era aplicable al presente supuesto por razones temporales –su Disposición Final Decimooctava demoraba la entrada en vigor de la Ley a un año desde su publicación, que lo fue en el BOE de 1 de octubre de 2015–, aun cuando no ha variado dicha regulación de la doctrina que ya había sentado este Tribunal desde la aceptación de la mencionada institución de resarcimiento en la sentencia de 12 de junio 2003 (recurso 46/1999 ), recogiendo expresamente en el precepto los tres requisitos que, conforme se ha declarado reiteradamente por el TJUE, se venía admitiendo por nuestra Jurisprudencia.

Dicha doctrina, como se ha declarado reiteradamente por la mencionada jurisprudencia desde la referida sentencia, tomando como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado que para que pueda apreciarse la concurrencia de la responsabilidad por vulneración del Derecho comunitario son necesarios tres presupuestos, que han de ser completados con el régimen de la responsabilidad de los Poderes Públicos en el Derecho interno de nuestra País, siempre que no impongan condiciones inferiores a las señaladas en el ámbito europeo (principio de equivalencia).

Conforme a la mencionada jurisprudencia de este Tribunal, siguiendo la establecida por el TJUE –sentencias de 2003, antes citada; de 29 de abril de 2009 (recurso 5449/2003 ); de 14 de julio de 2010 (recurso 21/2008 ; las tres de 17 de septiembre de 2010 (recursos 373/2006 ; 149/2007 y 153/2007 ) y la más reciente, citada en la contestación a la demanda, de 17 de noviembre de 2016 (recurso 196/2015)– desde la ya histórica sentencia del Tribunal Europeo de 5 de marzo de 1996 ("Braserie du Pêcher", C-46/1993 ), se requiere, en primer lugar, que la norma europea infringida confiera derechos a los particulares; en segundo lugar, que se haya realizado una infracción de la norma europea que esté " *suficientemente caracterizada* "; y en tercer y último lugar, que exista una relación de causalidad directa entre aquella infracción y el daño sufrido por el perjudicado.

Ha sido la jurisprudencia del TJUE y de la jurisprudencia nacional la que ha venido a examinar los mencionados requisitos, sin que debamos nosotros ahora proceder a una exposición de los mismos –por lo demás suficientemente expuesto en los escritos de las partes, con abundante cita de la jurisprudencia, tanto nacional como europea–, más allá de lo que aprovecha al presente recurso, debiéndose señalarse que, de entre los mencionados requisitos, el que se cuestiona por la Abogacía del Estado –la oposición abarca a otras cuestiones que son subsiguientes, como hemos expuesto–, es el segundo, en concreto, se opone en la contestación a la demanda que no puede considerarse que en el caso de autos la infracción de la norma comunitaria, que no se niega, no se considera que pueda estimarse suficientemente caracterizada, citando en su argumentación la que se considera la jurisprudencia europea y nacional sobre la naturaleza y alcance de la mencionada exigencia.

A ese examen deberemos dedicarnos, si bien es necesario que, con carácter previo, hagamos referencia a la improcedencia de la indemnización por no haberse agotado las posibilidades que ofrecía el Derecho Español para aducir el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en el subsiguiente procedimiento ordinario que autorizaba la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO. Necesidad de haber agotado las posibilidades procesales por el recurrente.-**



Se objeta por el Abogado del Estado a la pretensión accionada por el recurrente que no había agotado las posibilidades que el ordenamiento procesal español le autorizaba para haber podido aducir el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a las que se imputa el incumplimiento de la normativa europea y, por tanto, haber podido excluir los perjuicios que se dice se le ha ocasionado. Se vincula dicho argumento a la exigencia de la relación de causalidad entre la lesión –entendida como daño antijurídico, en el sentido de no tener el perjudicado obligación de soportarlo– que estaría constituida, en la fundamentación de la demanda, a la mencionada vulneración de la norma comunitaria, con la referida vulneración de la norma europea por el Derecho Español.

En concreto, lo que se razona en la contestación a la demanda, es que la sentencia del TJUE que se invoca como fundamento último de la pretensión, contiene un doble pronunciamiento –se hará posteriormente referencia a ello–, uno primero, referido a la existencia de una vulneración de la Directiva de 1993 por la regulación que, al momento de autos, se hacía del procedimiento de ejecución hipotecaria en los artículos –en su redacción originaria– 681 y siguientes; la segunda cuestión de la sentencia del Tribunal de Justicia, está referida a las reglas de interpretación de la Directiva para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Pues bien, lo que se razona en contra de la pretensión es que sobre esta segunda cuestión nada se decide por el Tribunal de manera concreta, sino que se dan pautas de interpretación para que los jueces nacionales puedan hacer dicha declaración, que son los competentes para ello, y que en el caso de autos ni existe esa declaración ni, deberá entenderse, pueda hacerse ahora por este Tribunal Supremo en este proceso.

En relación con aquella primera cuestión de la decisión del Tribunal europeo se imputa la responsabilidad al hecho de que, conforme a lo establecido en el entonces vigente artículo 695 de dicha Ley, no se autorizaba la posibilidad de aducir el carácter abusivo de algunas de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, ni nuestro Legislador autorizaba al Juez español a apreciar de oficio, pese a tener constancia de dicho carácter de las cláusulas a declararlo; no obstante lo cual era lo cierto que el artículo 698 autorizaba que la declaración sobre el mencionado carácter abusivo podría haberse ventilado " en el juicio que corresponda "; es decir, el ordinario, en el que podrían haberse defendido el actor con libertad de motivos de oposición.

El argumento no puede ser acogido. Ya de entrada, porque a esta materia se refiere el Tribunal de Luxemburgo en la misma sentencia de 2013 cuando, recordando lo que el mismo Tribunal había declarado en su anterior sentencia de 14 de junio de 2012 (Asunto 618/2010 , Banco Español de Crédito): " *la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición...* " Y sin perjuicio de que el Tribunal reconoce " *el principio de autonomía procesal de los Estados miembros* " para articular los mecanismos procesales para facultar a las partes y al juez solicitar y declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual de las que se comprenden en la Directiva de 1993. Sin embargo, esa autonomía tiene dos importantes limitaciones impuestas por los dos principios que inspiran esta responsabilidad por vulneración del Derecho de la Unión, el principio de equivalencia y el de efectividad, esto es, que esa regulación no sea más desfavorable que las establecidas en el régimen interno, y que no haga imposible " *o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos* " que se imponen en la Directiva.

Pues bien, la limitación que se imponía en la regulación originaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil del procedimiento de ejecución hipotecaria al ejecutado para alegar, y al juez para apreciar de oficio, el carácter abusivo de una cláusula, aun admitiendo la posibilidad de que pudiera invocarse ese carácter abusivo de las cláusulas en un ulterior proceso ordinario, se consideran por el Tribunal de Luxemburgo que no garantiza los derechos que a los **consumidores** confiere la Directiva de 1993 frente a los profesionales con los que celebren tales contratos con garantía real, porque " *basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva.* " Y ello porque en el sistema procesal español entonces vigente " *la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.* " Incluso el Tribunal de Justicia se hace eco de la dificultad que entraña el juego de la garantía cautelar que podría ofrecer la anotación preventiva de esa ulterior demanda en el Registro de la Propiedad, porque dicha anotación y la garantía que podría ofrecer, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de nuestra Ley Hipotecaria , sería ineficaz si no se hiciese con anterioridad a la nota marginal, en el Registro, a que se refiere el mencionado precepto ordenando la cancelación de ese tipo de anotaciones.



Es decir, la propia sentencia de 2013 deja constancia de la vulneración de la Directiva por la regulación vigente al momento de autos del procedimiento de ejecución hipotecaria, aun admitiendo la posibilidad de que el carácter abusivo de la cláusula pudiera invocarse y declararse en el ulterior proceso ordinario. Por ello, resultaría contrario a lo declarado en la sentencia que ahora se aduzca que el no haber ejercitado el recurrente esa opción, le priva del derecho a la reclamación o, en el planteamiento de la contestación a la demanda, que por ello se rompe el nexo causal entre la lesión y la vulneración de la norma europea.

La consecuencia de lo expuesto es que, en contra de lo que se opone por la defensa de la Administración, el hecho de que el recurrente no hubiera acudido a ese ulterior proceso ordinario y haber invocado en el carácter abusivo de las cláusulas, no les cierra esta vía indemnizatoria. El actor no reclama por existir cláusulas abusivas en "su" contrato, sino porque la normativa española a la que se vio sometido, era contraria al Derecho de la Unión. Aquel carácter podrá aducirlo frente a la otra parte contratante –con la consecuencia del efecto de cosa juzgada– pero no frente al Estado, a quien reprocha no haber traspuesto la Directiva de 1993 en debida forma. Otra cosa será la incidencia que esa diferente relación jurídica tendría en relación con la efectividad del daño o su extensión, que indudablemente se ve afectada por el título de imputación.

Que ello es así lo pone de manifiesto la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo en relación con las reclamaciones de responsabilidad por declaraciones de inconstitucionalidad de leyes nacionales que son aplicables al supuesto que ahora nos ocupa en virtud del principio de equivalencia. En este sentido la sentencia de esta misma Sala y Sección de 17 de enero de 2010 (recurso 373/2006), con abundante cita (entre ellas sentencia del Pleno de la Sala de 2 de junio de 2010 (recurso 288/2008)), deja claramente sentado que para reconocer el derecho de resarcimiento que comporta la vulneración de una norma, sea por contraria a la Constitución o al Derecho de la Unión, no se requiere, ni que no haya adquirido efecto de cosa juzgada la decisión sobre la relación en que se imputa surge dicha responsabilidad, ni se le puede exigir a los perjudicados haber agotado las vías que confiere el ordenamiento interno, en nuestro caso.

La justificación de esa peculiar relación jurídica ente ciudadano y Estado legislador se justifica, de una parte, en que aquel tiene siempre a su favor la legítima creencia que la norma estatal es acorde al Derecho Europeo que la condiciona, por lo que la declaración posterior de que ello no es así, no puede suponerle la carga de haber extremado una diligencia en defensa de sus derechos, que pase por instar dicha declaración o haber extremado y agotado todas las posibilidades que de manera extraordinaria el ordenamiento interno le autoriza. Pero es que, además, y conforme a esa línea jurisprudencia señalada, es lo cierto que en esta responsabilidad subyace una configuración jurídica peculiar, que se constituye no en la concreta relación en que surge la aplicación de la norma luego declarada contraria al Derecho de la Unión, en nuestro caso, en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud de la relación entre el profesional (entidad bancaria crediticia) y **consumidor** (el actor). Que tiene su concreto régimen jurídico; sino entre el ciudadano y el Estado por haber incumplido una norma que le vinculaba por tener una primacía en su ordenamiento; es la responsabilidad del Estado por haber adoptado –o mantenido– unas normas contrarias a ese Derecho que le imponía una concreta regulación que ha sido desatendida.

A esta cuestión se ha referido el Tribunal de Justicia reiteradamente, siendo de destacar la sentencia de 6 de octubre de 2015 (asunto C-69/14), con cita de otras anteriores (en especial sentencia Köbler, C-224/2001, EU:C:2003:513), en la que, si bien pueden los Tribunales nacionales tener limitaciones para alterar el efecto de cosa juzgada de las sentencias, " *tal posibilidad existe en lo que atañe a las resoluciones judiciales firmes incompatibles con el Derecho de la Unión* ", y ello porque ante esa firmeza " *los particulares no pueden verse privados de la posibilidad de iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado a fin de obtener por este medio una protección jurídica de sus derechos* ".

Aplicar al caso de autos la doctrina expuesta comporta rechazar el argumento que se opone por la defensa de la Administración, el recurrente no estaba obligado, conforme a lo declarado por la Jurisprudencia, a instar el procedimiento subsiguiente ordinario para invocar el carácter abusivo de las cláusulas que legitimaban el procedimiento de ejecución que se instó en su contra y concluyó con la adjudicación del inmueble al acreedor, posibilidad que ya el mismo Tribunal Europeo considera de difícil efectividad en la sentencia de 2013. Lo que ahora accionan el recurrente no es la declaración o no de dicho carácter contractual, sino exigir al Estado legislador la reparación de los perjuicios ocasionado porque éste ha vulnerado la normativa europea, con independencia de aquella relación contractual. No pueden vincularse directamente ambas relaciones, sin perjuicio de que, indudablemente y como ya se dijo, este debate debía, en su caso, trasladarse al ámbito de la efectividad del daño que, por razones de congruencia, no puede vincularse a aquella relación contractual o, si se quiere, a sus efectos.

Incluso sería de añadir a lo expuesto que juega en contra de esa pretendida objeción a la pretensión, el principio de equivalencia, al que después nos referiremos, porque esa exigencia no podría imponerse si nos encontrásemos con una reclamación por norma contraria a la Constitución, por lo que no sería admisible en un



supuesto de norma contraria al Derecho Europeo, como para supuesto similar declaró el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08 )

#### **CUARTO.- Necesidad de que la vulneración de la norma europea esté suficientemente caracterizada.-**

Debemos proceder ahora al examen de lo que constituye la auténtica polémica que se suscita por las partes en orden a la procedencia de la pretensión accionada por el recurrente. Esto es, si de entre los presupuestos que antes vimos requiere esta modalidad de la responsabilidad del Estado legislador, concurre en el caso de autos el de que la infracción del Derecho de la Unión esté suficientemente caracterizada. Es esa la polémica principal que enfrenta a las partes y solo si merece una respuesta negativa procedería que examinásemos las demás cuestiones que se suscitan en las alegaciones de cada una de ellas. Sin embargo, es lo cierto que en relación con ese presupuesto de la responsabilidad que nos ocupa, se opone por la defensa de el recurrente que en el Derecho español ese requisito no es necesario, pese la constante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que lo exige. Se opone a ello la Abogacía del Estado, que defiende la vigencia de la necesidad de que la infracción de la normativa comunitaria esté suficientemente caracterizada para tener derecho a la indemnización.

La polémica surge porque si bien no ofrece dudas que ese requisito es exigido permanente y reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el principio de equivalencia genera la duda de si no exigiendo dicho presupuesto en el Derecho Español para las reclamaciones por responsabilidad del Estado Legislador, en el supuesto de daños vinculados a la aplicación de una Ley declarada inconstitucional, puede exigirse en el supuesto, que se dice similar, de vulneración de norma contraria al Derecho Europeo. Es decir, en el régimen que se ha establecido en nuestro Derecho para las reclamaciones indemnizatorias fundadas en normas declaradas contrarias a la Constitución, no se exige grado alguno en cuanto a la infracción constitucional, basta con que exista para que proceda declarar la responsabilidad; es suficiente la mera declaración de inconstitucionalidad de una norma a la que se imputa el daño, que debe acreditarse, para acceder a la pretensión indemnizatoria, conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo de la que se deja cita suficiente por las partes.

Constatado ese diferente régimen sustantivo entre la responsabilidad imputada al Estado legislador cuando se imputa a norma declarada contraria a nuestra Constitución y cuando la norma sea contraria al Derecho de la Unión, afectaría al principio de equivalencia que, como se verá en la jurisprudencia europea que se cita, comporta que no pueden imponerse en las reclamaciones por vulneración de la norma comunitaria exigencias que no se exigen en el Derecho interno para supuestos similares.

En cuanto a la identidad entre otros supuestos, debe recordarse que había sido rechazada por este Tribunal Supremo (sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005), sin embargo se suscita esa polémica en el recurso 153/2007 , en que esta misma Sala y Sección solicita al Tribunal de Justicia europeo en cuestión prejudicial ( auto de 1 de febrero de 2007), preguntando si " *resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina por el Tribunal Supremo del Reino de España... a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funde en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicación de una norma declarada contraria al Derecho comunitario* ". El Tribunal Europeo decide la cuestión en su sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08 ), en la que se parte del contenido del principio de equivalencia, conforme al cual se " *exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno* ", pero con el matiz de que " *este principio no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho.*" Pero para ello es necesario " *examinar si, habida cuenta de su objeto y de sus elementos esenciales, la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por Transportes Urbanos, basada en la infracción del Derecho de la Unión, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución pueden considerarse similares*" ; concluyendo el Tribunal de Luxemburgo que, en efecto, en nuestro Derecho concurre esa similitud en esos dos supuestos de reclamación de responsabilidad del Estado legislador. De ello concluye que la concreta cuestión suscitada por el Tribunal de España debía resolverse en el sentido de que, en concreto, la necesidad de haber agotado las vías administrativas previas --como se exigía por este Tribunal-- en el caso de vulneración del Derecho de la Unión, exigencia que no se imponía en el Derecho interno por normas declaradas inconstitucionales, era contrario --" *se opone* "-, en palabras de la sentencia, al mencionado principio de equivalencia.

Ahora bien, partiendo de esa incidencia del principio de equivalencia, es lo cierto que la respuesta al debate suscitado ha de ser contraria a la posición del recurrente y considerar que la exigencia de la infracción suficientemente caracterizada ha sido exigida reiteradamente por la jurisprudencia de éste Tribunal Supremo, como lo pone de manifiesto los pronunciamientos que, aun admitiendo la existencia de responsabilidad por



ese título de vulneración del Derecho de la Unión, se han ocupado de examinar si concurría dicho presupuesto. Así lo pone de manifiesto, entre otras, la sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 2015 (recurso 47/2013), con abundante cita de otras similares y seguida en otras posteriores, en la que se hace un examen pormenorizado del presupuesto de la infracción suficientemente caracterizada para concluir en la procedencia del derecho a la indemnización. Y en esa línea, examinan el requisito, y su obligada concurrencia, pero para rechazar la pretensión de la sentencia 2463/2016, de 17 de noviembre, estimando que no concurría el presupuesto examinado.

Cita especial merece, entre estas últimas, la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014, dictada en el recurso 390/2012, en que precisamente este Tribunal suscita la cuestión a las partes para el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo por este concreto debate de si podría exigirse el requisito de la infracción suficientemente caracterizada, cuando el mismo no se exige para el supuesto de reclamar la responsabilidad por aplicación de norma declarada inconstitucional. Pues bien, la Sala rechaza plantear la cuestión asumiendo las razones dadas por la Abogacía del Estado, razonando lo siguiente: " esta Sala ha llegado al convencimiento de que no existe realmente similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y al no existir verdadera similitud entre ambos supuestos, es claro que el principio de equivalencia y efectividad -sobre cuyo alcance fueron oídas las partes y el Ministerio Fiscal, a efectos del posible planteamiento de cuestión prejudicial- no resulta de aplicación.

*En efecto, lo que en un primer momento fue tomado en consideración por esta Sala es si el principio de equivalencia y efectividad rige no sólo para los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial, sino también para los requisitos sustantivos. Pero es evidente que esta pregunta sólo tiene sentido en la medida en que concurra el presupuesto mismo del principio de equivalencia y efectividad, que es la similitud entre una situación regulada por el derecho interno y otra regulada por el derecho de la Unión Europea. Y es precisamente aquí donde esta Sala considera que asiste la razón al Abogado del Estado. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica -salvo en casos verdaderamente excepcionales- su invalidación con efectos ex tunc, sin otro límite que la fuerza de cosa juzgada tal como establece el art. 40 LOTC. Así, los actos administrativos dictados en virtud de una ley que luego es declarada inconstitucional quedan sobrevenidamente viciados. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que estima un recurso por incumplimiento tiene, en cambio, un carácter meramente declarativo; es decir, se limita a constatar que el Estado miembro ha infringido el derecho de la Unión Europea. Ciertamente, de conformidad con el art. 260 TFUE, de la sentencia que declara el incumplimiento dimanar determinados deberes para el Estado miembro, como es señaladamente poner fin al incumplimiento y, cuando éste consiste en una regulación legal contraria al derecho de la Unión Europea, proceder a su derogación o modificación. Pero es claro que la estimación del recurso por incumplimiento no determina, por sí sola, la invalidez ex tunc de la ley nacional afectada ni de los actos administrativos dictados en aplicación de la misma. No es impertinente, en este sentido, la comparación que el Abogado del Estado hace con los supuestos de inconstitucionalidad por omisión: el deber que surge, es el de adaptar diligentemente la legislación.*

*Cuanto acaba de decirse muestra claramente que no existe auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, que el principio de equivalencia y efectividad no resulta de aplicación al presente caso. Ello significa que éste habrá de dilucidarse de conformidad con los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial que contempla la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea."*

Debe tenerse en cuenta, en apoyo de dicha diferenciación entre uno y otro supuesto de responsabilidad, que, con independencia de que el principio de equivalencia deba aplicarse también a razones sustantivas, el Tribunal de Justicia de la Unión, en pura técnica, no aplica el Derecho del concreto Estado miembro a quien se reprocha la vulneración del Derecho de la Unión, sino que aplica el propio Derecho Europeo, en el bien entendido que lo es para servir de parámetro de cumplimiento por el Estado de dicha norma, bien por incumplimiento bien por defectuosa trasposición. Y en ello ha de tenerse en cuenta que la norma comunitaria, las Directivas, no tiene, en principio, el efecto inmediato en su aplicación, sino en cuanto a los resultados que se imponen por la Unión, dejando, como es conocido, un amplio margen a los Estado miembros para alcanzarlo conforme a su propia normativa interna. Un régimen muy alejado de lo que acontece con la Constitución cuya eficacia directa e inmediata es manifiesta para los poderes del Estado, también para el Legislativo.

Esa circunstancia ha de servir para establecer la diferencia de régimen porque, habida cuenta de esa finalidad de la norma comunitaria y la discrecionalidad de que gozan los Estado miembros, hace más necesario la exigencia de que en los supuestos de responsabilidad por incumplimiento requieran esa exigencia de un incumplimiento suficientemente caracterizado. En otro caso se cercenaría la propia discrecionalidad del legislador nacional si hubiera de estar condicionado porque la trasposición que se hace por la norma





comunitaria, aun cuando se considere razonadamente oportuna, termina declarándose por el Tribunal de Justicia –presupuesto que no es " *conditio sine qua non* "– ser contraria al Derecho de la Unión, sin poder ampararse en una interpretación razonable de la norma europea.

Hemos de concluir que es exigible en el caso de autos la vulneración suficientemente caracterizada de la Directiva de 1993 para poder acceder al reconocimiento de la responsabilidad exigida por el actor.

#### **QUINTO.- Aplicación al caso de autos de la doctrina sobre la exigencia de la infracción suficientemente caracterizada.-**

Centrado el debate en la exigencia de que la infracción del ordenamiento europeo debe estar suficientemente caracterizada, es conveniente tener en cuenta, como ya se dijo, las mismas peculiaridades del Derecho europeo, en el que su principal fuente normativa está constituida por normas, las Directivas, que no tiene una aplicación directa en los Estados miembros, porque su vinculación comporta que adopten las medidas normativas internas con la finalidad de alcanzar un determinado resultado impuesto en la norma comunitaria. Es decir, existe un importante margen de discrecionalidad en los Estados para el cumplimiento del Derecho Comunitario, que no puede ignorarse a la hora de imponer la obligación de estos –también de las propias instituciones comunitarias–, de incurrir en responsabilidad por incumplimiento del mandato europeo plasmado en sus normas.

Sobre esa premisa se ha sistematizado lo que constituye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el mencionado requisito en la sentencia de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15), con abundante cita que se remontan a las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01 y de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04; en la que se declara que para calificar de suficiente caracterizada la infracción ha de valorarse el "grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del **margen de apreciación** que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero... cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia."

A la vista de las circunstancias expuestas para determinar la existencia de la infracción suficientemente caracterizada hemos de examinar si, conforme a ellas, cabe apreciar que en el caso de autos existe ese grado de la infracción que permitiera acceder a la responsabilidad reclamada. Y es lo cierto que a juicio de este Tribunal, examinando las circunstancias del caso a la vista de la jurisprudencia expuesta, ya adelantamos que ha de concluirse en que no nos encontramos con una infracción suficientemente caracterizada, por los siguientes motivos:

1º.- Ya dijimos antes que el reproche que se hace por el Tribunal de Justicia en relación con la vulneración de la Directiva 13/93 se concreta en un específico aspecto, en la regulación que existía antes de la sentencia del TJUE del procedimiento de ejecución hipotecaria en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Es cierto que conforme a lo que se declara por el TJUE en la sentencia de 2013, dicho procedimiento es contrario a la Directiva, no porque exista una vulneración frontal a lo ordenado en ella, siquiera sea como resultado de la adaptación de la normativa española, sino que la sumariedad de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria, en su regulación al momento en que se siguió el procedimiento al que se vio sometido el actor, dificultaba o hacía sumamente difícil al juez que conociera de dicho procedimiento pronunciarse, con los efectos procedentes, sobre la existencia de una cláusula abusiva en el contrato que motivaba la ejecución. Ha de concluirse de lo expuesto que no había un "grado de claridad y precisión de la norma vulnerada" que permitiera concluir en que existía una clara vulneración de la Directiva por mantener el mencionado procedimiento de ejecución, habida cuenta de que nuestro Derecho se adaptó a los mandatos de la Directiva, como lo pone de manifiesto la reseña que se hace sobre esta cuestión en la misma sentencia del Tribunal de la sentencia de 14 de junio de 2012; asunto ( C-618/10 ) –apartados 11 y siguientes–, a la que deberemos referirnos después. Es decir, no cabe reprochar al Reino de España haber desatendido la exigencia que le imponía la Directiva en la forma que se sostiene en la demanda, sin dejar de reconocer que tras la sentencia de 2013 ciertamente que la existencia de procedimiento sumarios –no solo el de ejecución hipotecaria– en el sistema procesal español, en cuanto que impedían la alegación y apreciación por las partes y el juez nacional, del carácter abusivo de una cláusula del título jurídico que servía de base para el procedimiento, era contrario a la Directiva. Pero deberá concluirse que es un incumplimiento que, por sí mismo, no puede servir de parámetro para concluir en la infracción suficientemente caracterizada.



2º.- Como complemento del anterior párrafo y en muestra de la falta de consideración de la infracción de la Directiva como suficientemente caracterizada, debe señalarse que no se aprecia, a juicio de esta Sala, que la regulación del mencionado procedimiento de ejecución sumario, tras la promulgación de la Directiva, debía considerarse que cabría admitirlo como un " *margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales* "; y de que ello es así deja constancia que el mismo Abogado General, su alta autoridad en el ámbito del Derecho de la Unión y con relevancia clara en el ámbito procesal, cuando debió emitir su informe en el asunto C-618/10, antes citado (ECLI: EU:C:2012:74; asunto Banco Español de Crédito), referida a un supuesto prácticamente similar al de autos, al proceso español también sumario, nuestro proceso monitorio, y cuya doctrina se aplica en la sentencia de 2013, como se deja constancia en sus fundamentos. Considera la Abogada General en aquel proceso, que la sumariedad de un proceso basado en un título notarial, evitando que pueda declararse "a límine litis", el carácter abusivo de una cláusula, dadas las peculiaridades y la finalidad de dichos procedimientos, no debía considerarse contrario a la Directiva de 1993.

Es cierto que en el procedimiento del TJUE en que se dicta la sentencia de referencia (asunto C-415/11) las conclusiones de la Abogada General es posterior a haberse dictado la sentencia en el asunto C-618/10 (14 de junio de 2012) porque se presentan en fecha 8 de noviembre de ese mismo año de 2012, por lo que la propuesta de las conclusiones es la declaración de vulneración de la Directiva, como termino acogiendo el Tribunal, pero ha de concluirse de todo ello que a salvo de la decisión que termina por adoptar el Tribunal, existían dudas más que razonables sobre la adecuación a la Directiva de un procedimiento de ejecución hipotecaria que, como se constata en las conclusiones de la Abogada General, era la ejecución de un título notarial.

3º.- No es apreciable tampoco que exista un " *carácter intencional... de la infracción cometida* ". Como se ha dicho y se corresponde con la actuación del Estado Español ante la promulgación de la Directiva, se procedió a la adaptación de nuestra legislación en los ámbitos sustantivos. Y ciertamente, tras el dictado de la sentencia de autos y la anterior de 2012, se adaptaron las normas procesales que regulaban los procedimientos sumarios que existen en nuestro sistema procesal civil que no es que impidan, se cuida de declararlo el mismo Tribunal de la Unión en las dos sentencias, la posibilidad de que se pueda declarar la naturaleza abusiva de una cláusula en el ámbito de protección que impone la Directiva, sino que la hace difícil y compleja, siendo contraria a la finalidad de la Directiva, no a sus concretos mandatos, máxime si esa dificultad surge en el ámbito de un procedimiento de ejecución hipotecaria en que la ejecución recae en un inmueble que constituye la vivienda de un ciudadano, como era el caso de autos. Es pues, manifiesto, que no existió voluntariedad alguna en el Estado Español en el incumplimiento de la Directiva que declara el Tribunal de Justicia.

4º.- Por lo que se refiere al " *perjuicio causado* ", es lo cierto, como se reconoce en las mismas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, que el procedimiento de ejecución hipotecaria, en su regulación al momento en que se sometió a él el actor, no impedía que se pudieran alegar por los ejecutados la naturaleza abusiva de las cláusulas en un procedimiento ordinario, pero al ser al margen de dicho procedimiento y sin condicionar dicho proceso de ejecución sumario tan siquiera con medidas cautelares –se hizo referencia a la incidencia de la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, como ya se dijo antes–, lo hace contrario a la Directiva. Sin embargo, deberá concluirse que si el recurrente, pudiendo hacerlo, no adujo en dicho proceso ordinario el carácter abusivo de las cláusulas que motivaron el procedimiento sumario, es lo cierto que el perjuicio que se les ocasionó, al igual que a todos aquellos que estaban en su misma situación, no puede considerarse de especial consideración, sin perjuicio de que, como antes se dijo, esa omisión no puede excluir la concurrencia de la responsabilidad, pero apreciarlo a los efectos de considerar suficientemente caracterizada el incumplimiento del Reino de España.

5º.- En relación con la consideración del " *carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho* ", nos remitimos a lo que antes dijimos en relación con las mismas conclusiones de la Abogada General en el asunto Banco Español de Crédito.

6º.- En lo que se refiere a " *las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión* " hemos de tener en cuenta que ninguna objeción se puso por institución alguna de la Unión en contra de la eventual vulneración de la Directiva, por la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria en la forma en que fue regulado en la redacción original de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil; sin que existiera requerimiento alguno de la Comisión. De otra parte, no puede pensarse que tras el dictado de la sentencia en el asunto 415/11, que no estaba referido específicamente al mismo procedimiento ni tenía necesariamente la intervención de funcionario alguno en la expedición del título de ejecución, no haber procedido el Reino de España a reformar el procedimiento de ejecución hipotecaria pueda considerarse como manifestación excluyente de la infracción suficientemente caracterizada. Porque lo cierto es que tras la sentencia de 2013 (14 de marzo, como se dijo), el Legislador español acomete de inmediato la reforma del mencionado procedimiento, por Ley de 1/2013, de 14 de mayo, incluyendo una importante regla de Derecho Transitorio –la Primera– por la que se aplicaba a



todos los procedimientos en los que " *no se hubiese ejecutado el lanzamiento.* " No puede apreciarse negligencia o rémora a nuestra Legislador en atenerse al mandato que se imponía en la sentencia del Tribunal Europeo. La misma Exposición de Motivos de la mencionada Ley justifica la reforma " *como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.  3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.* "

7. .- Finalmente, en relación con " *... el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE , párrafo tercero* " o que " *se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia* ", hemos de señalar que, de una parte, la cuestión fue sometida al Tribunal de Justicia por un órgano judicial español, recabando del Tribunal su criterio, a la vista de las dudas que le ofrecía la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la Directiva. Y bien es verdad que como hemos venido exponiendo, el TJUE había dictado la sentencia de 14 de junio de 2012 (ECLI: EU:C:2012:349 ) que, aunque referido al procedimiento, también sumario, el monitorio de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, hizo la misma declaración que en la sentencia de 14 de marzo de 2013, la aquí invocada, pero no es menos cierto que, al margen de referirse a distinto proceso, es lo cierto que entre una y otra no había margen de modificación de la legislación, pues cuando se dicta aquella primera sentencia, el segundo procedimiento se encontraba en trámite de vista -que según la propia sentencia- se celebró el día 19 de septiembre de 2012.

En suma, pues, a juicio de este Tribunal Supremo no puede concluirse que en el caso de autos pueda apreciarse una infracción suficientemente caracterizada, a los efectos de poder estimar que concurra la antijuridicidad de la lesión que reclama el actor, por concurrir el deber de soportar los daños ocasionados. Por todo ello procede desestimar la demanda.

#### **SEXTO. Costas procesales.-**

La desestimación de las pretensiones del actor comporta la imposición de las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1.  de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , si bien la Sala haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros (4.000  ), más IVA la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo 438/2015, promovido por la representación procesal de Don Serafin , contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en sesión de fecha 27 de febrero de 2015, por el que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea; resolución que se confirma por estar ajustada al ordenamiento jurídico; con imposición de las costas al recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde Octavio Juan Herrero Pina Wenceslao Francisco Olea Godoy César Tolosa Tribi o Mariano de Oro-Pulido López **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy** , estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.