



Roj: **STS 634/2018 - ECLI:ES:TS:2018:634**

Id Cendoj: **28079130052018100071**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **27/02/2018**

Nº de Recurso: **5017/2016**

Nº de Resolución: **298/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 298/2018

Fecha de sentencia: 27/02/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 5017/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: MSP

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 5017/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 298/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Jose Juan Suay Rincon

D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 27 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 5017/2016 interpuesto por D.^a Juliana , como tutora de D.^a Maribel , representada por el procurador D. Antonio González Sánchez y asistida por el letrado D. Bernardo Hernández Bataller, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 2016, por el que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario. Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de por D.^a Juliana , como tutora de D.^a Maribel , se interpone este recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 2016, por el que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario, por inadecuada adaptación al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 93/13/CEE, invocando las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en los asuntos C-414/11 Aziz y C-169/14 Sánchez Morcillo.

SEGUNDO .- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo y reclamado el expediente administrativo, por escrito de 7 de febrero de 2017 se procedió a formalizar la demanda, en la que se solicita la declaración de nulidad de la resolución impugnada, la responsabilidad patrimonial del Estado, por incumplimiento del Derecho de la Unión y la condena a la Administración al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados por los conceptos y cuantía que se reflejan en el suplico.

TERCERO .- Dado traslado para contestación, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso y la confirmación del acuerdo recurrido, atendiendo a las alegaciones de hecho y de derecho que consideró procedentes y que son de ver en su escrito.

CUARTO .- Por decreto de 29 de marzo de 2017 se fijó la cuantía del recurso y no habiéndose recibido el pleito a prueba, se acordó dar traslado a las partes para conclusiones por el término de diez días, y formalizados los escritos correspondientes, quedaron conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 20 de febrero de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2015 la tutora legal de D.^a Maribel presentó reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños y perjuicios económicos sufridos a resultas de la incorrecta trasposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, invocando la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/2014 y la de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 . Señalaba al efecto que como propietaria de un inmueble en la Colonia de DIRECCION000 de Madrid, garantizó la concesión de un préstamo para su hijo que, al no poder afrontar el pago, fue objeto de sucesivas novaciones hasta la de 6 de marzo de 2006, suscribiendo un crédito hipotecario por importe de 665.600 euros, con la empresa Promotora de Inversiones Flumen, S.A., cuyo objeto social incluye la concesión de préstamos, y a consecuencia del impago se inició procedimiento de ejecución hipotecaria 438/2007, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid, que dio lugar a sentencia estimatoria y la correspondiente subasta pública con fecha 8 de julio de 2008, aprobándose el remate por la suma de 1.075.000 euros. Se refería igualmente a la intervención del Ministerio Fiscal instando la incapacidad de la Sra. Maribel , que se sustanció ante el Juzgado de Primera Instancia nº 78 de Madrid, en cuyo procedimiento se nombró tutora a su hija, D.^a Juliana . Y justificaba la reclamación en el incumplimiento por el Estado del derecho comunitario declarado por el TJUE en relación con la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, en cuanto le impidió hacer valer oportunamente las cláusulas que entiende concurrentes en los contratos, y evitar la ejecución hipotecaria y las consecuencias perjudiciales cuya reparación pretende.

A dicha reclamación da respuesta el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, que aprecia extemporaneidad de la reclamación, al entender que la sentencia del TJUE que sirve de título a la reclamación



es la de 14 de marzo de 2013 y que, aun en el mejor de los casos, tomando como *dies a quo* la fecha de publicación en el BOE el 15 de mayo de 2013, la reclamación formulada el 16 de julio de 2015 estaría prescrita.

No obstante, examinando la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial y los fijados por la propia jurisprudencia del TJUE para que la inadecuada trasposición pueda generar derecho a indemnización, entiende que falta la antijuridicidad del daño, al no haber habido un reconocimiento de la contraparte ni judicial que avale el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que refiere la parte y tampoco invalidez del consentimiento contractual prestado. Considera igualmente que falta el nexo causal, pues el daño cuya reparación se pretende por la pérdida de la vivienda no se ocasionó por una supuesta insuficiencia de medios para oponerse a la ejecución sino porque no utilizó los que el ordenamiento jurídico ponía a su disposición, para que el juez pudiera pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Y mantiene que no se puede considerar que estemos en ningún caso ante una vulneración manifiesta y grave y, por lo tanto, generadora directa de responsabilidad.

Por todo ello termina desestimando la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada.

No conforme con ello, la interesada interpone este recurso contencioso-administrativo, en cuya demanda solicita la declaración de nulidad de la resolución impugnada, la responsabilidad patrimonial del Estado, por incumplimiento del Derecho de la Unión y la condena a la Administración al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados por los conceptos y cuantía que se reflejan en el suplico, que la parte cifra en el importe total de 4.717.095,67 euros.

A tal efecto comienza por rechazar la extemporaneidad de la reclamación apreciada en el acuerdo impugnado, ya que ello se basa en la consideración unilateral de que la fecha de inicio del cómputo del plazo no es la señalada por la parte en la reclamación (sentencia de 17 de julio de 2014) sino la sentencia de 14 de marzo de 2013, argumentando ampliamente sobre la improcedencia de tal cómputo, los múltiples pronunciamientos del TJUE sobre la materia, y los límites a la autonomía procesal de los Estados miembros. Mantiene la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la incorrecta adaptación al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 93/13/CEE, concurriendo los requisitos exigidos al efecto, señalando que el daño ha consistido en la enajenación mediante pública subasta del bien inmueble que constituía su vivienda, en un proceso judicial en el que no pudo, ni proceder a oponerse con los derechos reconocidos en la Directiva 93/13/CEE contra las cláusulas abusivas en los contratos suscritos ni tampoco formular recurso de apelación contra la sentencia recaída en dicho proceso. Señala que no se discute en el acuerdo que la norma jurídica violada confiera derechos a los particulares, no obstante abunda en la argumentación sobre la concurrencia de tal requisito. Entiende que existe una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, pues el Reino de España ha sido objeto de una sentencia dictada en un procedimiento por incumplimiento y el ordenamiento jurídico interno ha sido cuestionado en más de quince ocasiones, por distintos motivos, alegando que el legislador tiene un margen de apreciación mínimo en la adaptación al derecho interno de la Directiva y además se han infringido de una manera manifiesta y grave los límites impuestos a su facultad de apreciación, pues desde el año 1993 no ha incorporado la Directiva y se ha sometido a reiterados pronunciamientos del Tribunal de Justicia, además de persistir la violación en el tiempo, a pesar de las sentencias del Tribunal de Justicia en la actualidad no se ha procedido a una correcta incorporación de la misma. Mantiene que el daño causado es antijurídico, ya que no existe el deber jurídico de soportarlo, en la medida que la enajenación forzosa de la vivienda se produjo dentro de un proceso judicial, en aplicación de un marco normativo contrario al Derecho de la Unión, y porque se le impidió formular oposición contradictoria dentro del proceso y la interposición de recurso contra la sentencia recaída. Entiende que existe nexo causal entre la incorrecta adaptación de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico interno y el daño alegado y que la lesión producida es efectiva, evaluable económicamente e individualizada. Finalmente, en el sexto otrosí, alega que, de existir dudas razonables respecto de la interpretación de la normativa interna contemplada en la resolución impugnada en relación con la eventual incompatibilidad con la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debería plantearse cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia al amparo del art. 267 del TFUE , cuestión prejudicial que en realidad articula en cuatro distintas y todas ellas referidas a las concretas alegaciones que la parte formula en la demanda como fundamento de sus pretensiones.

Dado traslado de la demanda, el Abogado del Estado formula contestación a la misma, solicitando su desestimación y la confirmación del acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, alegando la improcedencia de la reclamación sobre la base 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; 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. Se refiere el Abogado del Estado a la existencia de otros medios para que el prestatario pudiera lograr que la cláusula abusiva no le fuera aplicable e impedir, en su caso, que pudieran servir de fundamento de la ejecución, tales como el procedimiento declarativo de nulidad de las cláusulas abusivas, la anotación preventiva de la demanda de nulidad y el procedimiento declarativo del art. 698 de la LEC. Se refiere el Abogado del Estado, como también se hace en la demanda, a la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que 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 presupuesto a los razonamientos que se hacen en la demanda. Se estima que en el caso de autos no cabe apreciar dicho presupuesto 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, señalando que no se efectuó reclamación contra la pretendida nulidad por cláusulas abusivas, ejercitando las acciones que hubieran permitido hacer dicha declaración que no existe en el caso de autos, sin que pueda saberse si el resultado hubiera sido el mismo con una normativa compatible con la Directiva. Entiende que, en todo caso, no existe el daño reclamado y, subsidiariamente, invoca la concurrencia de culpas.

SEGUNDO.- Como se desprende del planteamiento de este recurso, la controversia se concreta en la determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario, una vez excluida del debate la extemporaneidad de la reclamación a que se refería el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, que resulta ampliamente combatida por la parte en la demanda y que ya no se sostiene por la representación de la Administración en la contestación a la demanda.

Pues bien, las cuestiones jurídicas que se plantean en este recurso ya han sido examinadas por esta Sala en recursos de semejante contenido, resueltos por sentencias 1.491/2.017, de 3 de octubre y 1513/2017 de 5 de octubre (rec. 438/2015), 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, sin perjuicio de las particularidades propias de este caso. Y en este sentido ya declaramos que la fundamentación de la pretensión en la demanda vincula los daños y perjuicios que se dice sufridos por la recurrente --pérdida de la vivienda por subasta pública en proceso de ejecución 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**, lo que le impidió invocar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la nulidad, por ser contraria a la Directiva 93/13/CEE, 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, le ha ocasionado los perjuicios que se reclaman en el proceso, tras su denegación por la Administración en la resolución impugnada.

Centrado el debate en 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 nuestro 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 Pêcheur", 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 señalar que, de entre los mencionados requisitos, el que fundamentalmente se cuestiona por la Abogacía del Estado 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.- Se objeta por el Abogado del Estado a la pretensión accionada por la 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 patrimonial --entendida como daño antijurídico, en el sentido de no tener el perjudicado obligación de soportarlo-- 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 la recurrente no hubiera acudido a ese ulterior proceso ordinario e invocado el carácter abusivo de las cláusulas, no le cierra esta vía indemnizatoria. La parte no reclama por existir cláusulas abusivas en "su" contrato, sino porque la normativa española a la que se vio sometida, 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.

CUARTO.- Tras estas precisiones, procede examinar lo que constituye la auténtica polémica que se suscita por las partes en orden a la procedencia de la pretensión accionada por la 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 de cuya respuesta deriva el resultado del proceso.

A tal efecto es conveniente tener en cuenta las 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 la recurrente, 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 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 limine 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 la recurrente, 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 la 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 le 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 cabe valorarlo 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 concluyente 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.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.»

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 la actora, por concurrir el deber de soportar los daños ocasionados. Por todo ello procede desestimar la demanda, sin que sea preciso examinar la concurrencia de los demás requisitos exigidos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial pretendida por la recurrente, que queda excluida por la ausencia de aquel requisito.

QUINTO.- No obsta a la resolución el pleito en los términos que se acaban de indicar la solicitud de apertura de cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se formula en el sexto otrosí de la demanda, que, aparte de condicionarse a la existencia de dudas por este Tribunal «respecto a la interpretación de la normativa interna contemplada en la resolución impugnada en relación con la eventual incompatibilidad con la Directiva 1993/13/CEE», dudas que no solo no se plantean sino que



constituye punto de partida declarado por el Tribunal de Justicia y título de imputación de la responsabilidad patrimonial al Estado legislador, no discutido en el pleito, además de eso, decimos, la parte cuando concreta el alcance de las cuestiones prejudiciales que han de plantearse, las identifica, de la primera a la cuarta, con cada una de las alegaciones en las que fundamenta su pretensión indemnizatoria y sobre cuya estimación o desestimación ha de pronunciarse este Tribunal, sin que pueda trasladarse al Tribunal de Justicia, por vía de cuestión prejudicial, la adopción de las decisiones o pronunciamientos que, aun en aplicación del Derecho comunitario, corresponden a los jueces o Tribunales del Estado, como jueces que aplican dicho Derecho.

La propia parte recurrente se refiere en la demanda a la declaración de la sentencia Brasserie du Pêcheur, en el sentido de que son los órganos jurisdiccionales nacionales quienes deben determinar si se ha producido o no la violación suficientemente caracterizada, aunque a estos efectos el Tribunal de Justicia pueda dar su interpretación, que es precisamente lo que se ha producido en este caso, en el que se examina la concurrencia de tal requisito en atención a los criterios de interpretación establecidos por el Tribunal de Justicia, que no se ponen en cuestión ni se discuten por las partes, centrándose la controversia únicamente en su aplicación al caso, que evidentemente corresponde resolver y decidir a este Tribunal.

SEXTO.- La desestimación de las pretensiones de la recurrente comporta la imposición de las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1º 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 reclamar por la parte demandada.

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 5017/2016, interpuesto por la representación procesal D.^a Juliana, como tutora de D.^a Maribel contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 2016, por el que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario; con imposición de las costas a la recurrente, en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy Jose Juan Suay Rincon

César Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.