



Universidad de Jaén

Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL



**LA ARMONIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN
HIPOTECARIA EN EL MARCO DE LA UNIÓN
EUROPEA**

PRESENTADA POR:

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ

DIRIGIDA POR:

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES

RAFAEL CABRERA MERCADO

JAÉN, SEPTIEMBRE DE 2020

LA ARMONIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL MARCO DE LA
UNIÓN EUROPEA

A mis abuelos

RESUMEN

En la presente tesis se analiza hasta qué punto la Unión Europea puede regular o incidir en los procesos de ejecución hipotecaria de los diferentes Estados miembros.

En el primer capítulo se estudian estudiado las bases jurídicas contenidas en los Tratados de Derecho para legislar en Derecho procesal civil a través de la cooperación judicial en materia civil, el establecimiento y funcionamiento del mercado interior y cláusula de flexibilidad contenidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En el capítulo segundo se analizan las bases jurídicas que puedan incidir en los Derechos reales inmobiliarios. Dada la dificultad de extractar una competencia de la Unión en la materia, se estudiarán los límites que las libertades del mercado pueden constituir para a la potestad reglamentaria de los Estados. E igualmente la potestad para legislar en materia de protección de consumidores.

El capítulo tercero se estudiará la evolución legislativa de las propuestas dirigidas a armonizar la hipoteca o determinadas cuestiones de la ejecución sobre bienes hipotecados en el plano europeo. En particular se estudiará la Directiva 2014/17 y sus diversos preceptos de particular repercusión en materia del proceso de ejecución hipotecaria.

Para conocer los rasgos esenciales del proceso de ejecución de la hipoteca en los respectivos sistemas nacionales en el capítulo tercero igualmente se procede a un análisis comparado de los modelos europeos de ejecución de la hipoteca. Para ello se ha optado por analizar determinados rasgos generales y momentos de la tramitación en cinco Estados miembros: España, Portugal, Italia, Francia e Irlanda.

El trabajo concluye con el estudio de una propuesta normativa *de lege ferenda* que de adoptarse entendemos que tendrá relevante impacto en los respectivos procesos de ejecución hipotecaria nacional, como es la Propuesta de Directiva sobre administradores de créditos, compradores de créditos y recuperación de garantías reales de 14 de marzo de 2018. Esta Propuesta plantea el establecimiento de normas mínimas para crear un procedimiento extrajudicial acelerado de ejecución de garantías, a través del cual se podrían ejecutar las respectivas hipotecas constituidas al amparo de los respectivos Derechos privados internos comprendidas en el ámbito de la norma.

ABSTRACT (ITALIANO)

Questa tesi analizza in che misura l'Unione Europea può regolamentare o influenzare i processi di esecuzione ipotecaria nei diversi Stati membri.

Il primo capitolo studia le basi giuridiche contenute nei trattati giuridici per legiferare in materia di diritto processuale civile attraverso la cooperazione giudiziaria in materia civile, l'istituzione e il funzionamento del mercato interno e la clausola di flessibilità contenuta nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il secondo capitolo analizza le basi giuridiche che possono avere un impatto sui diritti di proprietà nel settore immobiliare. In considerazione della difficoltà di estrarre una competenza dell'Unione in materia, si studieranno i limiti che le libertà di mercato possono costituire per il potere normativo degli Stati. Analogamente il potere di legiferare in materia di tutela dei consumatori.

Il terzo capitolo esaminerà l'evoluzione legislativa delle proposte volte ad armonizzare i mutui ipotecari o alcune questioni di esecuzione su immobili ipotecati a livello europeo. In particolare, saranno esaminate la Direttiva 2014/17 e le sue varie disposizioni di particolare rilevanza per il processo di esecuzione ipotecaria.

Al fine di comprendere le caratteristiche essenziali del processo di esecuzione ipotecaria nei rispettivi sistemi nazionali, nel capitolo terzo viene effettuata anche un'analisi comparativa dei modelli europei di esecuzione ipotecaria. A tal fine, abbiamo scelto di analizzare alcune caratteristiche generali in cinque Stati membri: Spagna, Portogallo, Italia, Francia e Irlanda.

Il lavoro si conclude con lo studio di una proposta normativa *di lege ferenda* che, se adottata, comprendiamo avrà un impatto rilevante sui rispettivi processi di esecuzione, come la Proposta di direttiva relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali del 14 marzo 2018. La proposta propone la definizione di standard minimi per creare una procedura di escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie, attraverso la quale potrebbero essere eseguite le rispettive ipoteche costituite in base alle rispettive leggi private nazionali incluse nel campo di applicazione del regolamento della stessa.

ABSTRACT (ENGLISH)

This thesis analyses the extent to which the European Union can regulate or influence the mortgage enforcement processes in the different Member States.

The first chapter studies the legal bases contained in the Treaties of Law for legislating in civil procedural law through judicial cooperation in civil matters, the establishment and functioning of the internal market and the flexibility clause contained in the Treaty on the Functioning of the European Union.

The second chapter analyses the legal bases that may have an impact on real estate rights. In view of the difficulty of identifying the Union's competence in this area, the limits which market freedoms may place on the regulatory powers of the Member States will be examined. The same applies to the power to legislate in the field of consumer protection.

The third chapter will examine the legislative development of proposals aimed at harmonising mortgages or certain questions of enforcement on mortgaged property at European level. In particular, Directive 2014/17 and its various provisions of particular relevance to the mortgage enforcement process will be examined.

In order to understand the essential features of the mortgage enforcement process in the respective national systems, chapter three also contains a comparative analysis of European models of mortgage enforcement processes. For this purpose it has been decided to analyse certain general features and moments in the process in five Member States: Spain, Portugal, Italy, France and Ireland.

The work concludes with the study of a proposal for a Directive *de lege ferenda* which, if adopted, we believe will have a relevant impact on the respective national foreclosure processes, such as the Proposal for a Directive on credit servicers, credit purchasers and the recovery of collateral of 14 March 2018. This Proposal proposes the establishment of minimum standards to create an Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement, through which the respective mortgages constituted under the respective domestic private laws falling within the scope of the standard could be enforced.

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCMA	<i>Code of Conduct on Mortgage Arrears</i> del Banco Central de Irlanda
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<i>cit.</i>	Obra citada
<i>c.p.c.</i>	<i>Codice di procedura civile (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443)</i>
CPCE francés	<i>Code des procédures civiles d'exécution (Ordonnance no 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution)</i>
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
<i>Ibid.</i>	En el mismo lugar
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LCLRA	<i>Land And Conveyancing Law Reform Act 2009</i> n° 27
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
p.	Punto (en relación a resoluciones) o página (en relación a obras)
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
ss.	siguientes

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea, denominado en una primera etapa Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En el presente trabajo nos referiremos en cualquier caso con esta abreviatura, con independencia de la denominación por la correspondiente etapa.
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vid.	véase

ÍNDICE

Resumen	4
Abstract (Italiano)	5
Abstract (English).....	6
Abreviaturas	7
Índice	9
Introducción	15
I. Objeto de estudio	15
II. Estructura temática.....	20
III. Metodología.....	23
Capítulo Primero. Las bases jurídicas para la armonización del Derecho procesal civil y en particular de la ejecución forzosa.	29
I. Consideración preliminar: La interpretación limitada de la exclusión del régimen de propiedad de los Estados miembros en el Derecho primario.....	30
II. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la cooperación judicial en asuntos civiles.....	36
1. La tutela judicial y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.....	36
2. La cooperación judicial civil europea: contenido y límites.....	45
3. La llamada “repercusión transfronteriza” como presupuesto habilitante para la armonización de la Unión en materia procesal civil	49
4. Áreas de aproximación de las disposiciones legales en materia de cooperación judicial civil.....	57
4.1 Matización del requisito de necesidad para el buen funcionamiento del mercado interior en la cooperación procesal civil.....	58
4.2 Los objetivos garantizados por las medidas de aproximación de las legislaciones en la cooperación judicial civil.....	60
5. Especificidades del Derecho secundario para la competencia judicial en materia de derechos reales inmobiliarios, y en especial de la hipoteca	72
III. La aproximación de legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior	80

1. La aproximación de disposiciones legales nacionales y los diversos niveles de integración jurídica legislativa europea.....	82
1.1 La aproximación legislativa.....	83
1.2 La armonización. Concepto general y grados	85
1.3 La coordinación	91
1.4 La uniformización.....	92
2. Alcance, contenido y ámbito de aplicación positivo del art. 114.....	93
2.1 Criterios generales para la determinación de la base jurídica	100
2.2 Los límites de la Unión para legislar por la vía de la aproximación de legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.....	103
2.3 La validez del recurso a la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como cauce de armonización. Especial referencia a los altos niveles de protección y los principios de proporcionalidad y subsidiariedad	117
3. La aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como base jurídica para la armonización del Derecho procesal civil.....	128
4. El respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros y la armonización del Derecho procesal civil	138
5. El desarrollo de normativa europea con contenido en materia de Derecho procesal civil, sobre la base jurídica de la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior	141
6. Los intentos de armonización de los procesos de ejecución nacional en el Derecho de la Unión Europea	152
IV. El cauce de los poderes implícitos como mecanismo para complementar la armonización del Derecho procesal civil.....	162
1. Criterios y características generales de la cláusula de flexibilidad	162
2. El empleo mixto del art. 352 con otras bases jurídicas	172
3. Ámbitos de aplicación práctica y repercusión de la cláusula de flexibilidad en el Derecho procesal interno.....	177
Capítulo Segundo. Limitaciones del Derecho de la Unión Europea a la potestad reguladora interna en materia de Derechos reales inmobiliarios. Especial referencia a la hipoteca	182
Sección Primera. Las libertades del mercado de la Unión Europea y su incidencia en la competencia nacional para legislar en materia de derechos reales inmobiliarios	182

I. Fundamentos jurídicos esenciales derivados del Derecho primario y los límites impuestos por las libertades del mercado	182
1. El debate sobre la competencia de la Unión en materia de Derechos reales inmobiliarios.....	185
2. La libertad de establecimiento como límites a los derechos reales de los Estados miembros.....	188
2.1 Ideas generales sobre la libertad de establecimiento.....	189
2.2 Dimensión transfronteriza de la libertad de establecimiento.....	195
2.3 Distinción entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales cuando se produce una limitación sobre un derecho real	197
2.4 La libertad de establecimiento y su impacto en los Derechos de propiedad inmobiliarios.....	201
3. La libre circulación de capitales como límite a los derechos reales de los Estados miembros.....	205
3.1 Consideraciones generales sobre la libre circulación de capitales	205
3.2 El Derecho hipotecario como posible restricción a la libre circulación de capitales	215
3.3 La libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios: especial referencia a la liberalización de los servicios bancarios vinculados a los movimientos de capitales.....	218
4. Consideraciones comunes a la repercusión de las libertades del mercado en los Derechos reales nacionales.....	225
Sección Segunda. La competencia para legislar en protección de los consumidores	226
II. La armonización de legislación protectora de los consumidores sobre la base del artículo 114 del Tratado de Funcionamiento	232
III. La competencia para legislar en materia de protección de los consumidores y su repercusión en los Derechos reales inmobiliarios.....	238
IV. La repercusión de la legislación protectora de los consumidores y usuarios en los procesos nacionales de ejecución hipotecaria.....	241
Capítulo Tercero. La armonización de la ejecución sobre bienes hipotecados en el plano europeo.....	246
I. Los antecedentes: desde las libertades del mercado como base jurídica primigenia a la protección del consumidor	247
1. El informe del desarrollo de un mercado de capitales europeo como punto de partida.....	247
2. La propuesta de Directiva de 1985 sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario.....	249

3. La Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda.....	251
4. La Directiva 2002/47 y la regulación de la ejecución de las garantías prendarias en el ámbito financiero.....	253
5. Los informes de grupos de expertos en materia de armonización del derecho de hipoteca	256
5.1 El informe del Grupo del Foro sobre el Crédito Hipotecario creado por la Comisión Europea	256
5.2 El informe del Instituto Europeo de Florencia	259
5.3 El informe del grupo de expertos Mortgage Credit Foundation.....	260
6. Los trabajos preparatorios de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial	263
6.1 El libro verde “El crédito hipotecario en la Unión Europea”	263
6.2 La Resolución del Parlamento Europeo sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea.....	265
6.3 El Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea	266
6.4 La Propuesta de Directiva de la Comisión sobre los contratos de crédito para uso residencial. La adecuación a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad	267
6.5 El documento de trabajo de la Comisión de medidas y prácticas nacionales para evitar los procedimientos de ejecución de los préstamos hipotecarios de vivienda	270
II. Las normas sobre ejecución de la hipoteca en la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial	273
1. Las demoras y la ejecución hipotecaria.....	276
1.1 La obligación del prestamista de mostrarse razonablemente tolerante antes de iniciar un proceso de ejecución	278
1.2 La limitación de la imposición de recargos adicionales al consumidor en caso de impago	281
1.3 El acuerdo expreso en virtud del cual la transferencia de la garantía o sus ingresos bastan para reembolsar el crédito	285
1.4 El reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución	296

1.5 La obligación de dotarse de procedimientos que permitan que el precio obtenido por el bien se obtenga al mejor precio	298
2. La tasación de los bienes inmuebles	306
III. Estudio comparado de los modelos europeos de ejecución de la hipoteca.....	313
1. La ejecución de la hipoteca en España.....	315
2. La ejecución de la hipoteca en Portugal.....	330
3. La ejecución de la hipoteca en Italia	334
4. La ejecución de la hipoteca en Francia	344
5. La ejecución de la hipoteca en Irlanda	356
Capítulo Cuarto. Una propuesta <i>de lege ferenda</i>: el proyecto de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales	371
I. Un cambio de perspectiva: la política europea sobre los préstamos de dudoso cobro	372
II. Bases jurídicas de la propuesta	375
III. Nivel de armonización	380
IV. Objeto y ámbito de aplicación de la propuesta.....	386
V. La naturaleza extrajudicial del procedimiento propuesto	391
VI. Fase inicial del procedimiento	398
VII. Mecanismos de realización	401
VII. El derecho del prestatario a impugnar la ejecución.....	406
VIII. La cesión de créditos y la ejecución de la garantía. El problema de la titulización	411
XIX. La concurrencia del procedimiento de ejecución acelerado con procesos de insolvencia	414
Conclusiones.....	417
Conclusioni.....	453
Bibliografía.....	489

INTRODUCCIÓN

I. OBJETO DE ESTUDIO

A lo largo de la última década la ejecución de la hipoteca en España y la posible pérdida de la vivienda que pudiese arrastrar se ha erigido como una de las materias con mayor eco y repercusión social, así como materia de estudio jurídico. Su interés no sólo se ha debido a sus efectos en uno de los aspectos más esencial para las necesidades del ser humano como es el acceso a la financiación para disfrutar de una vivienda y su posible pérdida por el impago del préstamo adquirido. Igualmente ha sido una de las materias en las que el Derecho de la Unión Europea ha tenido mayores repercusiones en el ámbito del Derecho procesal civil.

No puede obviarse el ingente número de reformas que ha experimentado la Ley de Enjuiciamiento Civil desde 2013: un total de ocho¹. En dicho año se dictó la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 14 de marzo, asunto C-415/11, caso Aziz, de una de las resoluciones más trascendentales en el origen de las reformas de institución jurídico-procesal.

Hasta dicho año la concepción del proceso nacional español de ejecución hipotecaria fue relativamente pacífica, sufriendo la legislación procesal civil relativamente pocas reformas en aspectos estructurales del proceso e incluso siendo admitida su constitucionalidad a pesar de que resultaba patente el desequilibrio de las

¹ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima; Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil; Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

posiciones procesales de las partes en el seno del mismo procedimiento (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre). No obstante, la concatenación de interpretaciones del TJUE, al hilo del principio de efectividad dimanado de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores provocaron un replanteamiento en la concepción de los principios estructurales básicos del proceso de ejecución a la luz del Derecho de la Unión Europea cuando, como resulta habitual, el ejecutado tiene la condición de consumidor².

El cuestionamiento originado por el Derecho de la Unión Europea dio lugar a una considerable inseguridad jurídica en relación a los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados o pendientes de iniciarse, aspecto que llevó a las diferentes entidades de crédito a exigir el cobro del crédito garantizado por hipoteca por otros cauces procesales, como el ejercicio de acciones de resolución por incumplimiento a través de procedimientos declarativos ordinarios³.

De este modo la premisa fundamental y finalidad del presente trabajo ha sido aclarar o tratar de dilucidar una cuestión: hasta qué punto la Unión Europea puede incidir o tratar de regular o disciplinar los respectivos procesos de ejecución hipotecaria de los diferentes Estados miembros.

No resulta una cuestión pacífica abordar la difícil relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho procesal, así como el marco regulatorio derechos de garantías reales de los respectivos Estados miembros. Como señalan los expertos, la primera vez que despierta una necesidad sería el marco del mercado interior, entrando en contacto es en virtud del principio de reconocimiento mutuo en el mercado único que impulsa las libertades de circulación de mercancías, personas y capitales⁴. En cualquier caso, y como señala DE LA OLIVA SANTOS, la doctrina del Derecho Procesal Civil Europeo puede aplicarse el análisis suficiente de los principios, disposiciones legales y realidades procesales civiles diversas que integran Europa, así como el Derecho objetivo que respecto de los procesos civiles emana de la Unión Europea como única organización jurídico-política dotada en Europa de poder normativo⁵.

Es preciso tener como punto de partida una idea esencial: a pesar de las múltiples interpretaciones limitativas dadas por el TJUE (como se señalará en el apartado

² QUESADA LÓPEZ, P. M., *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿Una relación imposible?*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

³ Como ha puesto de relieve la doctrina científica española, vid. ADAN DOMENECH, F., «Oposición al vencimiento anticipado incoado en juicio declarativo», *Revista de Derecho vLex*, vol. 166, 2018.

⁴ FUSARO, A., «Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive», en SIRENA, P. (coord.) *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Gruppo 24 ore, 2016, p. 17. El mismo cita como precedente el conocido caso *Cassis de Dijon* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78), en virtud de la cual un producto fabricado legalmente y comercializado en un Estado miembro debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro por interpretación del art. 30 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy art. 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), consolidando las bases del mercado único.

⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Presentación de la obra», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GACÓN INCHAUSTI, F. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 25.

correspondiente), el Derecho europeo de consumo y en particular la Directiva 93/13 no contienen ninguna precisión expresa o directa sobre la ejecución de las garantías contenidas en los contratos de préstamo concluidos por los consumidores (p. 49 de la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, Kušionová). De hecho, la jurisprudencia ha recalcado la falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa (Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz), que como se ha advertido es muestra de la insuficiente protección jurídica que el derecho nacional ofrece a los consumidores en los procedimientos de ejecución de hipotecas y podría justificar el establecimiento de criterios claros para garantizar el nivel uniforme de protección de los derechos fundamentales de la Unión y lograr un equilibrio justo entre los derechos contrapuestos del consumidor y del prestamista⁶.

No en vano desde la década de 1970, el poder judicial y los procesos civiles de los respectivos Estados miembros se han ido orientando lentamente hacia una perspectiva más internacional y conciencia comunitaria⁷. La internacionalización del Derecho procesal parece ser una característica imparable en el mundo de la globalización, como señala STORSKRUBB⁸.

Y es que la institución jurídica que nos proponemos estudiar en el presente trabajo goza de relativa novedad en su tratamiento por el Derecho de la Unión Europea, su origen se remonta a la tradición en el continente europeo que conllevó el Derecho romano⁹. Fue el llamado interdicto salviano o *salvianum*¹⁰, en cuya virtud el dueño de un inmueble adquiriría la posesión respecto de los bienes e instrumentos de la persona que explotase un fundo agrario, siempre que este último hubiese consentido que sirviesen de prenda para la seguridad de sus rentas¹¹. La evolución de esta institución derivó en la admisión de la

⁶ DELLA NEGRA, F., «The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová», *Common Market Law Review*, vol. 52, 2015, pp. 1031-1032.

⁷ En el presente trabajo empleamos ocasionalmente la denominación «Derecho comunitario», conscientes de que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es más correcto el empleo en su lugar de «Derecho de la Unión Europea».

⁸ STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 303.

⁹ Ya en el siglo III a.C. CATÓN el viejo describió en el capítulo CLV de su obra *De agri cultura* la venta de las aceitunas que aún estaban en el árbol. Mediante esta institución los compradores de aceituna pagaban una cantidad de dinero periódica en pago del fruto a los recolectores, y a cambio los utensilios de labranza como las cuerdas, escaleras y cualquier otro que se hubiese en la propiedad servirían de garantía (conocidos como *invecta et illata*). De tal forma si el comprador no pagaba a los recolectores de aceituna y fabricantes que hubiese en la finca, los utensilios servirían de caución. Vid. CATÓN, M. P., *De agri cultura. Estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 172-173. Esta es considerada como como la primera prenda sin desplazamiento posesorio descrita y origen de la hipoteca en el Derecho romano, vid. PALMIERI, E., «Invecta et illata», *Novissimo Digesto Italiano*, p. 1.

¹⁰ Como sostiene ASCOLI, A., *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto salviano*, Livorno, Tipografia di Raff. Giusti, 1887, pp. 58-59, la primera protección de la hipoteca podría haber sido mediante una *actio* y no por interdicto, en tanto que el pretor protegía el pacto de hipoteca como un verdadero acto jurídico fuerte, ejemplo del *ius civile*, que ya había sido admitido y reconocido. Como se apuntará en sucesivas citas, Gayo en sus instituciones (4-147) lo identificaba como interdicto.

¹¹ Gayo, 4-147. GAYO, C., *Gaii Institutionum*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 317.

posibilidad de acordar un *pactum de distrahendo pignore*, o que el acreedor insatisfecho pudiese vender el objeto del acuerdo pignoraticio (*conventio pignoris*)¹².

La uniformización de las normativas nacionales de Derechos reales se ha plasmado, en el ámbito del Derecho privado, en la constitución y realización judicial de garantías sobre instrumentos financieros, cuya necesidad en relación con los intereses del mercado único de la Unión se ha vinculado por la fragmentación de los propios derechos nacionales. Esta diferenciación sería el factor que ocasionaría costes de transacción a los intermediarios financieros, cuestión que puso de relieve la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera¹³.

Tal aspecto fue reflejado en el preámbulo de la Directiva 2002/47/CE, p. 12, al indicarse que la simplificación del uso de las garantías financieras, a través de la reducción de las formalidades administrativas era un aspecto que fomentaba la eficacia de las operaciones transfronterizas del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros que participan en la unión económica y monetaria, necesarias para la aplicación de la política monetaria común, señalando la utilidad de la armonización para la política monetaria común en el equilibrio del volumen total de liquidez del mercado mediante operaciones transfronterizas cubiertas por garantías.

En esta norma, que tiene como objeto la regulación de los acuerdos de garantía financiera, se vislumbra una clara orientación del Ordenamiento comunitario tendente a la homogeneización de las regulaciones nacionales respecto a los derechos de garantías (si bien el objeto de nuestro estudio lo constituye en todo caso las reales sobre bienes inmuebles), como necesidad o exigencia de la integración y rentabilidad del mercado financiero y a la estabilidad del sistema financiero de la Unión, apoyando así la libre prestación de servicios¹⁴ y la libre circulación de capitales¹⁵ en el mercado único europeo.

De hecho, el primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al Derecho de hipoteca sobre un bien inmueble fue en relación al principio de libre circulación de capitales. Así encontramos la Sentencia de 16 de marzo de 1999 (asunto C-222/97, caso Trummer contra Mayer). En tal caso, un Registro de la Propiedad austriaco denegó la inscripción de una hipoteca para garantizar un crédito pagadero en moneda extranjera (en el asunto discutido, marco alemán) para adquirir una cuota de la

¹² C 4, 24, 4, *Paetum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data veidere liceret, non adimit debitori adversus ereditorem pignoratitiam actionem*. El pacto vulgar, para que si dentro de cierto tiempo no se hubiese pagado el dinero, fuese lícito vender los predios dados en prenda o hipoteca, no le quita al deudor la acción pignoraticia contra el acreedor. GARCÍA DEL CORRAL (TRAD.), I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Código (Codex) Tomo I*, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p. 458.

¹³ FUSARO, A., «Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive», cit. p. 17.

¹⁴ Regulado en los artículos 26 (en lo relativo al mercado interior), 49 a 55 (en lo relativo al establecimiento) y 56 a 62 (en los servicios) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁵ Artículos 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

propiedad de un inmueble situado en Austria, al oponerse a las disposiciones de Derecho interno austriaco.

De este modo, en relación a la prohibición de las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros (hoy regulado en el art. 63 TFUE), consideró el TJUE que el Derecho real de hipoteca, al ser el medio clásico de garantizar un crédito vinculado a una venta inmobiliaria¹⁶, está indisolublemente vinculado a un movimiento de capitales, como es la liquidación de una inversión inmobiliaria; concluyendo que la prohibición de inscribir una hipoteca en la moneda de otro Estado miembro constituye una restricción a los movimientos de capitales.

En este sentido, consideró el TJUE que la restricción reflejada sobre el derecho de hipoteca generaba como efecto la debilitación de la relación entre el crédito que se pretendía garantizar y la hipoteca, cuyo valor, debido a fluctuaciones monetarias posteriores, podría resultar inferior al del crédito que se quiere garantizar, minando la eficacia y, por tanto, el interés por la garantía. De igual manera ya apuntó que al regirse el régimen hipotecario por la ley del Estado en el que estuviese situada la propiedad hipotecada, correspondía a la ley de dicho Estado establecer los diferentes medios (en el caso estudiado la certeza y transparencia del régimen hipotecario) de los derechos de los acreedores hipotecarios.

No obstante, el fortalecimiento de la libre circulación de capitales no constituye el único interés legislativo de la Unión europea. La protección del consumidor constituye uno de los ejes estratégicos de la legislación europea, de considerable impacto en los Ordenamientos internos de los Estados, pues como afirmó la Comisión Europea en el *New Deal* para los consumidores de 11 de abril de 2018, la Unión cuenta con una de las regulaciones más estrictas del mundo en materia de protección del consumidor¹⁷.

Por ello no pasan por desapercibido algunos intentos legislativos de introducir normas con repercusión en los procesos de ejecución de la hipoteca desde el punto de vista de la protección del consumidor, como la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

La necesidad de fortalecer el mercado interior agilizando los respectivos procedimientos de ejecución hipotecaria constituye un objetivo que puede entrar en abierta contradicción con la protección de los prestatarios que tengan la condición de consumidor y la protección del mismo que pretende el Derecho de la Unión.

Por ello con del presente trabajo se pretende analizar, por un lado, la base jurídica que dispone la Unión para armonizar los respectivos procesos civiles, con todas las aristas jurídicas que del juego de competencias surgen. E igualmente estudiar el fundamento que

¹⁶ En este sentido vid. TENA ALÓS, M. Á., «Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 727, 91, 2015, pp. 149 y ss.

¹⁷ Visto en web en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3041 el 27 de agosto de 2020.

deriva de la aproximación de las libertades del mercado que pueden afectar a una armonización europea de los procesos de ejecución, de forma paralela a la competencia en materia de protección del consumidor, para responder a la pregunta de si la Unión puede armonizar o incidir en los procesos nacionales de ejecución de la hipoteca. Todo ello orientado al establecimiento de un estado de la cuestión a partir del cual, desde un punto de vista procesal, se puedan estudiar las posibles fórmulas de armonización y puntos intermedios que puedan favorecer el establecimiento de parámetros comunes en los procesos nacionales de ejecución de la hipoteca.

Este mosaico de principios y bases jurídicas puede llegar a resultar confuso y precisar de aclaración, y máxime cuando la voluntad legislativa de la Unión sigue la senda de la armonización de la ejecución de la hipoteca. En ese sentido pueden encontrarse iniciativas legislativas de singular importancia, como la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales, para cuyo análisis jurídico y repercusiones se precisa la clarificación de las anteriores cuestiones.

Entendemos que de las anteriores cuestiones, tal y como el empleo de la base jurídica más apropiada para la armonización en materia de proceso civil y su posible enfoque a los diferentes procesos de ejecución hipotecaria existe una falta de consideraciones teóricas tanto en el plano doctrinal nacional español como en el europeo. Los límites y ámbito de actuación de la potestad legislativa en materia procesal civil no serían en absoluto claras, y demandarían una investigación lo más exhaustiva y profunda posible en la materia con el fin de aclarar su contenido, naturaleza y principales características.

II. ESTRUCTURA TEMÁTICA.

Teniendo en cuenta el objeto de nuestra investigación, y de cara dilucidar hasta qué punto la Unión Europea puede regular o incidir en los procesos de ejecución hipotecaria de los diferentes Estados miembros, hemos estructurado la presente tesis en cuatro capítulos, para los cuales hemos tratado de dar una respuesta lo más profunda y rigurosa posible.

En el primer capítulo hemos estudiado las bases jurídicas contenidas en los Tratados de Derecho primario para determinar hasta qué punto la Unión Europea puede legislar en el campo del Derecho procesal civil. El régimen jurídico establecido por los

Tratados puede llegar a ser bastante confuso, en tanto que no precisa ni impide la posibilidad de que la Unión adopte actos legislativos en materia de Derecho procesal civil o con repercusión en el mismo.

De este modo se ha optado por hacer un análisis, lo más profundo posible, del contenido y alcance de cada una de las bases jurídicas en materia de Derecho procesal civil. Con carácter preliminar, y puesto que el estudio del presente trabajo es la armonización del proceso de ejecución de la hipoteca hemos considerado oportuno estudiar la cláusula de exclusión del régimen de propiedad de los Estados miembros del art. 345 TFUE, en tanto que un análisis superficial de dicho precepto podría llevar a la idea de que la Unión no tendría competencia para armonizar en materia de Derechos reales de propiedad ni su modificación.

Admitida esa posibilidad, como se profundizará en el cuerpo de la tesis, en primer lugar se estudiará el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y en concreto el contenido de la obligación de la Unión de facilitar la tutela judicial efectiva del art. 67-4 TFUE. Una vez estudiado dicho precepto en el contexto del ELSJ se estudiará la base jurídica de la cooperación judicial en materia civil del art. 81 TFUE. Dicho artículo puede generar dudas en cuanto a la amplitud de las materias que en base al mismo podrían armonizarse (como las medidas necesarias para garantizar una tutela judicial efectiva), al igual que el límite que se desprende de su párrafo primero como la necesidad de que la aproximación de legislaciones tenga repercusión transfronteriza. De igual forma se estudiarán las principales manifestaciones de Derecho secundario con su incidencia en los Derechos reales inmobiliarios, así como los conceptos autónomos derivados del mismo.

Estudiada la cooperación judicial en materia civil el objeto del estudio se centrará en la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior del art. 114 TFUE. Dada la nutrida legislación en materia procesal o con repercusión en el proceso civil, entendemos que el estudio de esta base jurídica resulta obligado en relación a los fines planteados. Se estudiarán los conceptos de aproximación de legislaciones, incluida la propia armonización, que se han sintetizado legal y doctrinalmente. Y dado que el TJUE ha anulado actos legislativos inadecuadamente armonizados sobre la base del art. 114 TFUE, se estudiará el contenido y los límites interpretativos de esta base jurídica. Especialmente se estudiará el poder de la Unión para armonizar materia procesal civil bajo el art. 114 TFUE.

Analizadas estas bases jurídicas se analizará la llamada cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE, en tanto a que ha sido apuntado por la doctrina y jurisprudencia como base para complementar determinadas lagunas contenidas en las bases jurídicas. Al hilo del mismo se estudiará la posibilidad de emplear dicha base con otras, así como múltiples bases y la posibilidad de emplear la cláusula de flexibilidad como base indirecta para legislar en materia procesal.

Habiendo analizado, con la profundidad que requiere, las bases jurídicas de Derecho de la Unión para armonizar en materia de proceso civil, en el capítulo segundo se estudiarán las correspondientes para los Derechos reales inmobiliarios. En tanto que

resultaría difícilmente justificable, como se profundizará en el texto principal, reconocer una competencia de la Unión para legislar en materia de Derechos de propiedad internos, se estudiará como determinadas libertades del mercado pueden constituir un límite a la potestad reglamentaria de los Estados en materia de Derechos reales. E igualmente la potestad para legislar en materia de protección de consumidores, donde existe legislación con repercusión en materia de Derechos reales inmobiliarios, y que se complementaría con la base jurídica del art. 114 TFUE.

Una vez hayamos estudiado las correspondientes bases jurídicas habremos logrado un marco teórico adecuado para estudiar la actividad legislativa de la Unión en materia hipotecaria. Por ello en el capítulo tercero se estudiará la evolución legislativa de las propuestas dirigidas a armonizar la hipoteca o determinadas cuestiones de la ejecución sobre bienes hipotecados en el plano europeo. En particular se estudiará, como primera norma adoptada con relevancia en la materia, la Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, aplicable a contratos de crédito en los que el deudor sería consumidor, con diversos preceptos de particular repercusión en materia del proceso de ejecución hipotecaria.

Pero el trabajo quedaría incompleto sin conocer los rasgos esenciales del proceso de ejecución de la hipoteca en los respectivos sistemas nacionales. De este modo en el capítulo tercero igualmente se procederá a un análisis comparado de los modelos europeos de ejecución de la hipoteca. Para ello se ha optado por analizar determinados rasgos generales y momentos de la tramitación en cinco países. Por un lado tres del sur de Europa, como España, Italia y Portugal. Igualmente se estudiará el modelo francés, más orientado al de Europa continental, y se finalizaría con el de Irlanda como manifestación del Derecho anglosajón con mayor contraste que el resto de sistemas jurídicos. Con el estudio comparado se obtendrá una visión conjunta de los elementos comunes y distorsiones de los respectivos procedimientos nacionales para poder comentar las posibles propuestas legislativas en la materia.

Finalmente entendemos necesario concluir este trabajo con el estudio de una propuesta normativa *de lege ferenda* que de adoptarse entendemos que tendrá relevante impacto en los respectivos procesos de ejecución hipotecaria nacional, como es la Propuesta de Directiva sobre administradores de créditos, compradores de créditos y recuperación de garantías reales de 14 de marzo de 2018. Esta Propuesta plantea el establecimiento de normas mínimas para crear un procedimiento extrajudicial acelerado de ejecución de garantías, a través del cual se podrá canalizar las respectivas hipotecas constituidas al amparo de los respectivos Derechos privados internos. De este modo se procederá a un estudio crítico de la Propuesta, a la luz de los límites de las bases jurídicas previamente estudiadas así como los rasgos y elementos fundamentales de las respectivas tradiciones jurídicas europeas, así como la adecuación a los diferentes Derechos fundamentales de la CDFUE.

III. METODOLOGÍA.

Una investigación rigurosa exige plantear los métodos más idóneos para el desarrollo del trabajo. La metodología jurídica, y sus múltiples técnicas se convierten en las herramientas imprescindibles para alumbrar conclusiones innovadoras a la ciencia del derecho¹⁸.

Y para ello, vamos a manifestar las diferentes técnicas metodológicas con las que hemos trabajado.

La primera es la lógico-sistemática. Este método busca la elaboración conceptual de las normas por medio de procedimientos de carácter lógico, que permiten captar la estructura sistemática de las diferentes categorías jurídicas¹⁹. Con esta técnica se analiza el conjunto de principios y medios que construyen el sistema jurídico²⁰. El Derecho se contempla como un sistema, y de la relación entre los requisitos formales de la ley se extraen los principios que lo sustentan.

Este método es la combinación de dos interpretaciones fundamentales: la lógica y la sistemática. La interpretación lógica parte del presupuesto de que la indagación del sentido literal de la norma no debe agotar nunca la actividad hermenéutica. La interpretación gramatical debe complementarse con el pensamiento y espíritu de la ley. Para ello la interpretación del derecho debe buscar, en primer lugar, el fin concreto perseguido por la norma, y si este no se presenta claro se ha de atender al fin general del ordenamiento jurídico en relación a las particularidades del supuesto²¹.

La interpretación sistemática consistiría en relacionar una norma con otras que integran una institución jurídica, y cada institución con las demás hasta llegar a los principios fundamentales del sistema jurídico en su totalidad. La razón sería que el estudio de una norma aislada llevaría a presupuestos absurdos, dando un sentido contrario al que efectivamente debería tener²².

¹⁸ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2017 p. 27.

¹⁹ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del derecho. Volumen III. Nueva evolución de las posiciones y las directrices metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo*, 2, Graficas Uguina, 1971 pp. 67 y ss.

²⁰ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 p. 14.

²¹ CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1947 pp. 239 y 243-244.

²² *Ibid.* p. 244.

En este contexto es preciso tener en cuenta una importante precisión metodológica, y es lo que la doctrina autorizada ha venido en denominar el desbordamiento de las fuentes del derecho. La realidad jurídica de los Estados miembros de la Unión Europea se basa en el pluralismo, que conlleva la derogación o atemperación de la idea de monopolio estatal o jerarquía normativa, con una indudable erosión de la ley como fuente del derecho. En esta nueva configuración del sistema de fuentes intervendría el elemento de supraestatalidad e infraestatalidad, que conllevan un fenómeno de abandono de codificaciones formales internas a favor de normas especiales supraestatales, elemento en el que tendría una especial relevancia la primacía del Derecho de la Unión Europea. Por ello la doctrina sostiene un progresivo abandono de los postulados de unidad y jerarquía normativa, en contraposición al surgimiento de sistemas de “interlegalidad” en los que interseccionarían áreas y niveles jurídicos sobrepuestos y relacionados de forma asimétrica y asistemática²³.

De este modo, como igualmente ha sostenido la doctrina, las normas no están desligadas sino que están múltiplemente conectadas las unas con las otras. En el método interpretativo, descubrir las conexiones entre las normas jurídicas con los principios directivos del orden jurídico y exponerlos de forma ordenada de tal manera que se posibilite la visión de conjunto en forma de sistema es una de las tareas señaladas como más importantes en el método científico jurídico²⁴.

La metodología del Derecho de la Unión Europea, a su vez, se encuentra impregnada de múltiples precisiones que hay que tener en cuenta en el análisis. Si bien el Derecho de la Unión en su fundación se imbuó de la amalgama de los Derechos nacionales y su comparativa, en la actualidad la teoría económica le da un matiz diferenciado. De este modo el Derecho de la Unión se encuentra centrado en el establecimiento de un mercado único, y las consideraciones económicas van a buscar la tendencia de homogeneización en la aplicación legislativa y judicial. En ese sentido puede entenderse a la protección del consumidor como un interés económico común de la Unión al que tenderán tanto los órganos jurisdiccionales como los administrativos, creándose tensiones en las relaciones tanto entre la Unión y los Estados (división de poderes vertical) como entre los propios poderes de la Unión (división horizontal)²⁵.

El propio estudio de un proceso de armonización, entre los Estados miembros y la Unión Europea obligarían a interpretar los respectivos ordenamientos como un sistema, en el que la relación entre los mismos se ve marcada por principios que modulan y condicionan su interacción. Ello obliga a tener en consideración no sólo la doctrina interpretativa de los respectivos Derechos de los Estados miembros sino la interpretadora del Derecho de la Unión Europea y su propia extensión.

²³ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2011 pp. 90-92.

²⁴ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho (traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, de título original Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*, Barcelona, Ariel, 1994 p. 437.

²⁵ RIESENHUBER, K., «European legal methodology: introduction and overview», en RIESENHUBER, K. (coord.) *European Legal Methodology*, Plymouth, Intersentia Ltd, 2017, pp. 4-5.

El método lógico-sistemático ha de complementarse con metodologías de naturaleza sociológica, relativas a la aplicación del Derecho en supuestos concretos por los operadores jurídicos. Por ello igualmente empleamos el método jurisprudencial o del caso, el cual adquiere gran protagonismo en nuestro estudio. La forma se basaría en presentar caso contra caso, lo cual entraña gran dificultad en tanto que las meras opiniones que se hayan expresado en una decisión no tienen por qué ser necesarias para el contenido del fallo de la sentencia. Como delimita la doctrina inglesa, la jurisprudencia consisten en las reglas y principios establecidos y aplicados por los jueces al tomar decisiones. La decisión del órgano jurisdiccional en un caso particular constituye un precedente, y los jueces pueden considerar los precedentes como parte del material en el que podría basar sus decisiones posteriores para resolver de la misma manera en la que se decidió el caso anterior, a menos que pueda dar una buena razón para no hacerlo (en cuyo caso se apartaría)²⁶. En ese sentido, la jurisprudencia presenta principios pero expresados de forma poco clara y simple en numerosas ocasiones. Para ello se requiere el estudio de la *ratio decidendi*, y el examen minucioso de las circunstancias de cada caso para poder realizar una valoración común²⁷.

Los jueces, tras comprobar la *ratio decidendi* de un asunto anterior e interpretar dicho asunto a la luz de otras decisiones, deben decidir si lo aplican o no a los hechos de que conocen. En ocasiones los jueces tienen menor grado de discrecionalidad en relación a la constancia o claridad de su doctrina manifestada en otros casos. Pero en otras ocasiones tiene un alto grado de elección sobre la cuestión de si debe aplicarse el razonamiento empleado en el caso anterior. El examen de precedentes con miras a determinar la razón para decidir no conduce, por ejemplo, a un examen exhaustivo de las consecuencias sociales de las decisiones, y se corre el peligro de hacer caso omiso de factores sociales importantes. Como reconoce la doctrina inglesa, la doctrina del precedente no obliga al juez necesariamente a la aplicación analógica de razonamientos, sobre todo en los llamados “casos de primera impresión” en los que se debate una interpretación de la ley no planteada con anterioridad²⁸.

Este margen de los tribunales que se admite en el método jurisprudencial entrañaría dos peligros. El primero, que puede ocultar el hecho de que en realidad no se de ninguna razón para adoptarse un juicio en particular. Un pronunciamiento judicial que solo se base en un criterio de justicia material o que sólo se limite a seguir o apartarse otros precedentes sin razonar la adopción de la medida constituiría una falta de argumentación y motivación. Y el segundo peligro al que da lugar la doctrina del precedente es la imposibilidad de que se citen todos los casos pertinentes en un mismo razonamiento judicial. Si posteriormente se descubre que el órgano jurisdiccional pasó por alto o aplicó decisiones contradictorias, existe el riesgo de que se tengan que establecer distinciones o categorías jurídicas demasiado sutiles para tratar de buscar una

²⁶ CROSS, R. Y HARRIS, J. W., *Precedent in English law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1991, pp. 2-3.

²⁷ CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, cit. pp. 124-125, al hilo del sistema inglés de Derecho jurisprudencial.

²⁸ CROSS, R. Y OTROS, *Precedent in English law*, cit., pp. 186-187.

interpretación coherente (como tratamos de realizar en el presente trabajo con algunos aspectos tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea)²⁹.

En relación al método jurisprudencial, la doctrina pone especial hincapié en la detección de la argumentación jurídica. La aplicación del derecho a manos del órgano jurisdiccional puede adherirse o apartarse respecto a sus precedentes, pero en ambos casos la doctrina entiende necesario un deber de fundamentación. El uso del precedente supone una contribución a la seguridad jurídica y la confianza en la aplicación del Derecho. No obstante, si las decisiones son cambiantes e incompatibles entre sí se contradice la existencia de consistencia (compatibilidad lógica entre dos enunciados dogmáticos). Por ello el apartamiento de un precedente debe conllevar la asunción de una carga de argumentación añadida³⁰.

De lo contrario, entendemos que persistiría el riesgo de problemas interpretativos lógicos (relación de una expresión con otra expresión en un contexto), de entre los que destaca la inconsistencia. Tal sería la divergencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. La inconsistencia, en tanto que problema lógico, no puede ser resuelto ni con la lógica ni con la aplicación de principios interpretativos que operen de forma mecánica³¹.

Como brillantemente resume el maestro CARNELUTTI, la metodología del derecho en cuanto ciencia partiría de la comparación y la clasificación. Con la comparación se pone en luz la cualidad de los objetos, su realidad y concreción una vez se procede a la observación. La comparación lleva a comprobar que entre los datos u objetos hay algunos que tienen una cualidad idéntica o común, y otros que no. De este modo los objetos se dividen en clase, se clasifican. Para el maestro italiano la clasificación consiste en distribuir en grupos homogéneos, en cuyo agrupamiento se comparte una cualidad. De este modo los conceptos nacen y se forman en el pensamiento, para salir de este al transferirse las ideas³².

Otra de las técnicas empleadas es el estudio del derecho comparado, cuyo método especial permite fundamentar reformas jurídicas que pueden servir como medio para la unificación o armonización transnacional del derecho³³, como uno de los objetivos del presente trabajo.

²⁹ *Ibid.*, pp. 206-207. Como señalan los autores, a pesar de todos estos riesgos se reducen debido a la disponibilidad de bases de datos informatizadas. Pero estas, a su vez, conllevan el peligro de manifestar excesivamente otras decisiones (citadas o no por el órgano jurisdiccional) que no ilustren principios adicionales o secundarios.

³⁰ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, del título original *Theorie der juristischen argumentation*), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 pp. 264-265.

³¹ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia* (traducción de Genaro R. Carrió, de título original *Om ret og retfærdighed*), Buenos Aires, Eudeba, 2006 pp. 164 y 170.

³² CARNELUTTI, F., *Arte del derecho. Metodología del derecho* (traducción de Santiago Sentís Melendo, del título original *Arte del diritto*), Buenos Aires, El Foro, 2006 pp. 153-169.

³³ SEIDMAN, G., «Comparative Civil Procedure», en PICKER, C. y SEIDMAN, G. (coords.) *The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments*, Nueva York, Springer, 2016, p. 4.

La evaluación en materia de Derecho comparado pasaría por tres ideas. Por un lado, el estudio de la convergencia de las legislaciones (así como los detalles de las mismas). En segundo lugar, el estudio de las reformas jurídicas que se han ido experimentando cada uno de los sistemas a través de una evolución gradual o de reformas jurídicas explícitas en relación al tratamiento de los problemas presentes en otros Estados (lo que en los países de la Unión Europea se ha acrecentado por la interpretación jurisprudencial conferida por el TJUE, que si bien se formula a situaciones de Derecho interno, supone la interpretación del Derecho de la Unión en un sentido concreto), y por último la llamada convergencia activa: con el auge de los regímenes internacionales y supranacionales (en particular la Unión Europea, como se ha referido) se realizan esfuerzos conscientes para reducir al mínimo las diferencias entre los sistemas jurídicos a fin de armonizar las legislaciones nacionales³⁴.

No en vano, la construcción europea del Derecho procesal y la apertura de fronteras que implica no puede tener lugar sin la confrontación dialéctica de los diferentes sistemas, y luego sin una mezcla de culturas judiciales³⁵.

En cualquier caso, el estudio del Derecho comparado (si bien en pos de una armonización, como pretendemos en el presente trabajo) debe plantearse teniendo en cuenta dos factores: la función a la que tendería el Derecho nacional concreto o funcionalismo (como podría ser la aceleración en la recuperación del tráfico económico o la protección del consumidor) y el contexto nacional. Dado que en el mundo hay más de doscientos sistemas procesales civiles, si bien la mayoría de ellos tienden a una cierta homogenización, siempre habrá diferencias en cuanto a las medidas y estructuras de los Derechos procesales. Y serán esas diferencias las que, como sostiene la doctrina, proporcionarán una gran reserva de ideas para el desarrollo del proceso civil³⁶.

Otro de los métodos empleados es el histórico. Con el mismo hemos pretendido determinar el impacto del Derecho vigente, y en especial de las diferentes Directivas que regulan el objeto de estudio, a través de la evolución histórica de las propuestas que han dado lugar a los mismos. Son varios los intentos de armonización de la hipoteca en el Ordenamiento europeo a lo largo de su historia, cuyo estudio hemos considerado relevante para determinar el efecto y alcance de las normas adoptadas.

Teniendo en cuenta lo anterior en el presente trabajo se ha seguido una metodología fundamentalmente lógico-sistemática, esclarecedora del estudio de las posibilidades de desarrollo legislativo de la Unión Europea orientada al objeto de estudio. A ello se sumaría un importante estudio de Derecho comparado entre diferentes ordenamientos internos relevantes para el Derecho de la Unión, en tanto a que han servido

³⁴ SEIDMAN, G., «The New Comparative Civil Procedure», en PICKER, C. y SEIDMAN, G. (coords.) *The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments*, Nueva York, Springer, 2016, p. 20.

³⁵ NORMAND, J., «Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne», *European Review of Private Law*, vol. 4, 1998, p. 399.

³⁶ PICKER, C., «Comparative Law as an Engine of Change for Civil Procedure», en PICKER, C. y SEIDMAN, G. (coords.) *The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments*, Nueva York, Springer, 2016, pp. 57-58.

de base para esclarecer el sentido de las diferentes tradiciones jurídicas³⁷ y su contribución a una codificación europea del Derecho de ejecución de la hipoteca.

³⁷ Como se analizará en el cuerpo del trabajo puede llegar a interpretarse como límite a la potestad legislativa de la Unión o la aplicación del Derecho de la Unión.

CAPÍTULO PRIMERO. LAS BASES JURÍDICAS PARA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL Y EN PARTICULAR DE LA EJECUCIÓN FORZOSA.

Como señala la doctrina, son tres las áreas en las que el Derecho de la Unión influencia en mayor grado a los procesos civiles nacionales. En primer lugar a través de los instrumentos de Derecho internacional privado europeo; en segundo lugar mediante la armonización de los procedimientos internos y en tercer lugar con la influencia de las interpretaciones del TJUE en la arquitectura procesal interna de los Estados³⁸.

La armonización de la ejecución de la hipoteca en el plano europeo se bifurca, por la extensión de la materia abordada, en dos modalidades distintas que deberán precisar de un tratamiento diferenciado. Por un lado, la armonización procesal civil general u horizontal; y por otro su regulación en un ámbito jurídico concreto o vertical. A día de hoy puede señalarse la armonización de determinadas normas de ejecución de la hipoteca por la vía del Derecho europeo de consumo y, en concreto, de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Como se ha recalcado anteriormente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha puesto de relieve la inexistencia de una armonización de los mecanismos nacionales internos de ejecución forzosa de los respectivos Estados miembro.

Ha de partirse de la idea de que durante años se consideró que la tutela judicial pertenecía competencialmente a la organización de cada Estado miembro, y como tal quedaba fuera del ámbito y las competencias contenidas en los Tratados de Derecho primario. No obstante, la materia procesal fue un interés del legislador europeo desde su fundación, pues ya en el artículo 220-4 del Tratado de Roma de 1957 se promovía el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales entre los países miembros simplificándose las formalidades (conocido por algunos autores como libre circulación de sentencias o resoluciones judiciales), como un importante elemento de apoyo a las libertades fundamentales del mercado comunitario (circulación de bienes, capitales, servicios y personas)³⁹.

³⁸ HESS, B., «The State of the Civil Justice Union», en HESS, B., BERGSTRÖM, M. y STORSKRUBB, E. (coords.) *EU Civil Justice. Current issues and future outlook*, Portland, Hart Publishing, 2016, pp. 2-3.

³⁹ BIAVATI, P., «I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi.», en BIAVATI, P. y LUPOI, M.A. (coords.) *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 7. De hecho y como apunta el autor este precepto fue la base sobre la que se promovió el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Como señala DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, 22, 2005, pp. 807-809, el origen de la aplicación de este principio se sitúa en

De este modo, uno de los objetivos que nos propondremos con el presente trabajo será el de deducir, por un lado, si la Unión Europea cuenta con las bases jurídicas y competencias pertinentes para acometer la armonización de los procesos de ejecución garantizados con hipoteca, así como sus límites. Y por otro, el estado de la cuestión de los respectivos trabajos e iniciativas tendentes a la armonización del Derecho procesal civil en el ámbito de la Unión Europea.

A la hora de hablar de una armonización “horizontal” del derecho procesal civil europeo nos referiremos, en el concepto delimitado por la doctrina, a una legislación que posee un ámbito de aplicación amplio, en contraste con la armonización vertical o sectorial que se centra en diferentes ámbitos jurídicos concretos o de relaciones jurídicas más aisladas⁴⁰. De hecho, la armonización horizontal tendrá la vocación de aglutinar o asimilar a la regulación europea sectorial⁴¹.

En este sentido, pueden distinguirse dos dimensiones de armonización europea del proceso civil, cada cual tendrá fundamentos jurídicos marcadamente diferenciados. Por un lado, la derivada del espacio de libertad, seguridad y justicia que consagra el título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (y en particular en lo que respecta a la cooperación judicial en materia civil), y por otro la armonización que vendría predicada por otras bases jurídicas específicas, como la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior consagrado en el art. 114 del mismo TFUE.

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: LA INTERPRETACIÓN LIMITADA DE LA EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL DERECHO PRIMARIO

el ámbito de la libre circulación de mercancías, bienes y servicios en la Unión. Con la finalidad de salvar las diferencias existentes entre las regulaciones de los distintos Estados, en vez de optar por la armonización (o por las dificultades que ésta presentaba) se acudió a la aplicación del reconocimiento mutuo: cada Estado acepta y reconoce que la legislación de otro Estado miembro es equivalente a la propia.

⁴⁰ Como apuntan HESS, B. Y KRAMER, X., «From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure: An Introduction», en HESS, B. y KRAMER, X. (coords.) *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2018, p. 29, los instrumentos horizontales se configuran como el mecanismo más idóneo para implementar reglas comunes (no necesariamente armonizadas bajo criterios de mínimos, como se estudiará más adelante), en pos de establecer procedimientos efectivos y que garanticen los principios procesales fundamentales, acompañado de instrumentos adaptados a sectores específicos. Sobre la armonización horizontal igualmente vid. SERRANO MASIP, M., «Desarrollo de estándares mínimos europeos al amparo de la eficiencia del proceso civil», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 529.

⁴¹ SCHULTE-NÖLKE, H., «How to realise the «Blue Button»? - Reflections on an optional instrument in the area of contract law», en SCHULZE, R. y SCHULTE-NÖLKE, H. (coords.) *European Private Law- Current Status and Perspectives*, Munich, Sellier. European law publishers, 2011, p. 92.

A pesar de todo lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la competencia de la Unión europea para la regulación de Derechos reales de garantía sobre inmuebles puede llegar a ser controvertida.

El artículo 345 TFUE prevé que los Tratados no pueden prejuzgar en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros, lo que se traduce en el principio de neutralidad de los Tratados en lo que atañe al régimen de propiedad en los Estados miembros (STJUE de 22 de octubre de 2013, asuntos acumulados C-105/12 a C-107/12, caso Essent y otros). Este principio implica que los Tratados son neutrales en relación con el régimen de propiedad de los Estados miembros al no excluir, por regla general, ni la nacionalización de empresas ni su privatización. O lo que es lo mismo, que excluye la interferencia sobre los regímenes nacionales del Derecho de propiedad. El art. 345 es definido como una “competencia negativa”, en tanto que limita los poderes de la Unión en virtud de competencias previamente conferidas. No obstante, a pesar de su tenor literal o función aparente, no excluye a las medidas legislativas y judiciales de los Estados miembros del ámbito de aplicación del derecho de la Unión por lo que no podrá ser empleado por los mismos para reducir el impacto del Derecho europeo en sus respectivos ordenamientos⁴².

El art. 345 TFUE y el principio de neutralidad de los estados que contiene puede interpretarse como un impedimento a la Unión para legislar en el ámbito de los Derechos de propiedad internos de los Estados y por ende de cualesquiera derechos reales de garantía que pudiesen conculcarlo. O que cualquier derecho real estaría exento de la influencia del Derecho de la Unión Europea.

Se ha criticado que la redacción del artículo es desafortunada. Es tan amplia que el significado se hace difícil de determinar, y ni la doctrina científica, ni el Tribunal de Justicia ni las propias instituciones europeas tienen un parámetro claro sobre cómo tratar y aplicar el art. 345 TFUE⁴³.

De hecho, este precepto legal no ha impedido que la Unión legisle sobre materias que redundan en Derechos reales, como la comentada Directiva 2002/47/CE que pretende proteger la validez de los acuerdos de garantía financiera basados en la transmisión de la propiedad de la garantía financiera. O dictar resoluciones que han impedido la inscripción de la venta de un bien en el registro de la propiedad alemán (*Grundbuchamt*) por contravenir la operación lo dispuesto en el Reglamento 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la

⁴² KLAMERT, M., «Article 345 TFEU», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 2048.

⁴³ AKKERMANS, B. Y RAMAEKERS, E., «Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), its meanings and interpretations», *European Law Journal*, vol. 16, 3, 2010, p. 293.

red Al-Qaida y los talibanes (sentencia del TJUE, Sala Segunda, de 11 de octubre de 2007, asunto C-117/06, Möllendorf).

La doctrina que ha interpretado la *mens legislatoris* europea ha considerado que en la redacción original del artículo 222 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957⁴⁴ (cuyo tenor literal se mantuvo en las versiones de los tratados hasta el actual 345 del TFUE) la intención del Grupo de Redacción que propuso la primera formulación del precepto el 5 de diciembre de 1956 era que la materia que se excluyese fuese el régimen de propiedad pero de los medios de producción existentes en la entonces Comunidad, entendiéndose referido a la propiedad de las empresas. En esa tónica la expresión “medios de producción” fue sustituida por “de las empresas” por el grupo de expertos del mercado común el 18 de enero de 1957, y finalmente durante una reunión intergubernamental el 6 de marzo de 1957 los Jefes de Delegación suprimieron la expresión “de las empresas” del texto del artículo⁴⁵.

Puesto que los trabajos preparatorios del art. 222 del Tratado de Roma revelan una clara ambigüedad en el ámbito de aplicación del precepto, no queda claro si los cambios introducidos por las diferentes comisiones que intervinieron en la formulación de este artículo implican un efecto significativo. Pero dado el sentido que le ha aplicado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la acción legislativa de la Unión, a juicio de la doctrina no habría ninguna razón para entender que el actual artículo 345 tenga que aplicarse fuera de los supuestos de la propiedad de empresas. El espíritu del artículo estaría orientado, de este modo, a evitar que los preceptos contenidos en el Tratado se apliquen a nacionalizaciones de empresas tramitadas en los Estados miembros. Además, el principio de neutralidad implicaría que el Estado sería libre de decidir la nacionalización o no de la empresa, si bien obligaría al Estado a someterse a las libertades del mercado interior⁴⁶.

Otros autores señalan que el art. 222 del TFUE se inspiró en el artículo 83 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Dicho artículo, sin embargo, sólo se refería al “régimen de propiedad de las empresas”⁴⁷.

Además, como subraya la doctrina, se trata de un precepto que no tiene naturaleza atributiva de competencias, sino que es puramente aclaratorio y por ello se encuentra entre las disposiciones generales y finales⁴⁸.

⁴⁴ En español publicado en el BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986.

⁴⁵ AKKERMANS, B. Y OTROS, «Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), its meanings and interpretations», cit., pp. 299 y 300, quienes se basan en lo establecido en las *Negotiations des Traités Instituant la communauté Economique Européenne et la communauté européenne de l'énergie atomique*, CM 3, N. 0261 de la *Conférence intergouvernementale*, así como en las Actas de los ministros de Asuntos Exteriores MAE 641/56, MAE 177/57, MAE 243/57 y MAE 786/57.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 313-314.

⁴⁷ KLAMERT, M., «Article 345 TFEU», cit., p. 2047.

⁴⁸ DE LA PUENTE ALFARO, F., «¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 741, 2014, p. 44.

En general la jurisprudencia europea ha ido restringiendo el ámbito de aplicación de dicho artículo⁴⁹. Como es interpretado en la Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 1984, asunto 182/84, caso Fearon (pp. 6 y 7)⁵⁰, dicha disposición implica únicamente que cada Estado miembro puede organizar como desee el régimen de propiedad (en el caso referido las empresas), siempre que respete las libertades fundamentales consagradas por el Tratado. La misma idea es mantenida igualmente en la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2002, asunto C-367/98, Comisión contra Portugal, p. 28, donde se aplica como límite de la libre circulación de capitales aplicada a los Estados miembros del art. 65 en referencia a las llamadas “acciones de oro”, por medio de las cuales los Estados pueden establecer un régimen de autorización administrativa relativo a empresas privatizadas⁵¹.

Esta distinción es perfectamente ilustrada en el concepto que dio el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el p. 56 de sus Conclusiones presentadas el 6 de febrero de 2003 en los asuntos C-463/00 y C-98/01. En su opinión del análisis histórico y teleológico de la norma que analizamos el “régimen de la propiedad” del actual art. 345 TFUE “*no remite en sí mismo al ordenamiento civil de las relaciones patrimoniales, sino al conjunto ideal de normas de cualquier tipo, incluidas las de derecho público, capaces de otorgar la titularidad de una empresa, es decir, que autorizan a quien la ostenta para ejercer una influencia decisiva en la definición y en la ejecución de todos o de algunos de sus objetivos*”. Igual postura asumió en el p. 48 de sus Conclusiones presentadas el 13 de febrero de 2007 al asunto C-112/05

La Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 22 de octubre de 2013, asunto C-105/12 antes referido, interpreta el art. 345 TFUE en el sentido de que no se opone ni a la nacionalización de empresas ni a su privatización (p. 30).

Por su parte la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96, caso Annibaldi, interpreta que las medidas relativas a la organización común de los mercados agrícolas no tienen como efecto incidir sobre los regímenes de la propiedad

⁴⁹ FUSARO, A., «Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive», cit., p. 18.

⁵⁰ El derecho irlandés establecía restricciones a la adquisición y el aprovechamiento por un nacional de otro Estado miembro de propiedades inmuebles situadas en Irlanda (y en concreto la obligación de que una persona que sea propietaria de tierras a residir en esas tierras durante un determinado período de tiempo). A juicio del TJUE las restricciones a la adquisición y el aprovechamiento por un nacional de un Estado miembro de propiedades inmuebles situadas en otro Estado miembro constan entre las restricciones cuya supresión es obligatoria con miras a la realización del derecho de establecimiento. Y establecía un régimen de expropiación para los nacionales de otro Estado Miembro menos favorables que para los nacionales irlandeses, entrando en clara contradicción con la libertad de establecimiento.

⁵¹ El TJUE interpreta, en el caso referido, que el régimen de “acciones de oro” por medio del cual los Gobiernos de los diferentes Estados Miembro se reservan a autorizar ciertas acciones de empresas que han privatizado sólo pueden justificarse por razones imperiosas de interés general, ya que de lo contrario se entenderían atentatorias y contradictorias con la libre circulación de capitales. En cualquier caso, como advierte la doctrina, con las sentencias citadas el TJUE deja un margen de apreciación superior del que parece deducirse a primera vista a los Estados miembros, en tanto que el TJUE no limita el derecho de los Estados miembros a crear empresas públicas y mantener su titularidad en cuyo caso tendrían la opción de no privatizar, o de privatizar parcialmente sin perder el control en el supuesto de que estén interesadas en seguir gestionando la prestación de un servicio público. Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La acción de oro en derecho comunitario: activismo judicial versus intervencionismo estatal», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 2, 2003, edición online.

agrícola, excluyendo los Tratados de Derecho primario la materia de expropiación forzosa, considerada de competencia de los Estados miembros (p. 23).

En relación a la libre circulación de mercancías (aplicable al actual art. 36 TFUE) resulta reseñable igualmente la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1995, asunto C-350/92, caso España contra Consejo, por medio del cual el art. 222 del Tratado de Roma no afectaba al legislador nacional en la facultad de regulación del derecho sustantivo de patentes (en tanto que propiedad industrial) que excluyese toda actuación del Derecho comunitario en esta materia (p. 22)⁵².

Como recuerda el Pleno del TJUE en el p. 107 del Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017 sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur (en una cláusula dirigida a acotar posibles decisiones de nacionalización o expropiación) el principio de neutralidad en lo que atañe a los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros no tiene por efecto sustraer tales regímenes de propiedad a las normas y reglas fundamentales de la Unión. Por ello, el margen que tiene la Unión para legislar en materia de los Derechos reales internos de los estados se amplía notablemente. Y, como recalca la Sentencia Essent, antes referida (asuntos acumulados C-105/12 y C-107/12) entre estas reglas se encuentran, en particular, las de no discriminación, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales (p. 36). De esta forma el art. 345 no puede interpretarse como un “cheque en blanco” habilitante a los Estados para que regulen el Derecho de propiedad en abstracción de todas las limitaciones de la Unión

Esta limitación impuesta a los Estados miembros en materia de legislación del derecho de propiedad (y otros derechos reales por analogía) será un factor clave para deducir de forma negativa en qué aspectos la Unión goza de un mayor margen de maniobra legislativo y jurisprudencial en lo relativo la configuración del mismo Derecho de propiedad, como se hará en posteriores capítulos.

Un ejemplo de que el art. 345 no permite a los Estados regular el Derecho de propiedad con exclusión de toda acción de la Unión en la materia, es el planteado en el p. 152 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de agosto de 2003, asuntos acumulados T-116/01 y T-118/01, caso P&O European Ferries (Vizcaya), S.A. De este modo el art. 345 no puede entenderse que restrinja el alcance del concepto de ayuda estatal a los efectos del artículo 107-1 TFUE, a la hora de determinar las ayudas otorgadas por los Estados incompatibles con el mercado interior.

El TJUE igualmente ha dictaminado que tal precepto ni ninguno de los Tratados se oponen, en principio, ni a la nacionalización de empresas (sentencia de 15 de julio de 1964, caso Costa contra Enel, asunto 6/64) ni a su privatización (sentencia de 8 de

⁵² Ahora bien, para la regulación de los derechos de propiedad intelectual se ha recurrido a otras bases jurídicas, como el art. 101 relativo a la competencia en el mercado interior. Como sucede con el Reglamento n° 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE (actual art. 101 TFUE) a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

noviembre de 2012, Comisión/Grecia, C-244/11, apartado 17). Tampoco a ayudas concedidas por los Estados a empresas de naturaleza mercantil, pero de capital público (Sentencia de la Sala Octava del Tribunal General de 15 de enero de 2015, asunto T-1/12, Francia contra Comisión).

El interés que podría tener un Estado en promulgar normativa relacionada con la gestión de empresas públicas, y en particular sobre la administración de las empresas públicas, en el mantenimiento de las participaciones que poseen, o incluso otras consideraciones que no sean criterios puramente lucrativos podría entrar en conflicto con las normas de competencia de la UE, pero como sostiene el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 6 de marzo de 2003, asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, caso *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, la legalidad de dichas normas escaparía del ámbito de protección del actual art. 345 TFUE, debiéndose evaluar de conformidad con la prohibición de monopolios del actual artículo 106-2 TFUE en lugar del art. 345⁵³.

De esta forma el espíritu del art. 345 TFUE sería preservar la autonomía de los Estados miembros en materia de nacionalizaciones y privatizaciones. Por ello este artículo estaría estrechamente relacionado con el art. 106 del TFUE sobre los servicios de interés económico general. Pero en definitiva el artículo 345 del TFUE no protegería el derecho de propiedad del individuo, que en la esfera del Derecho de la Unión sólo se garantizaría en el art. 17 de la CDFUE⁵⁴.

Todo ello conduce a la opinión de la doctrina que entiende que el artículo 345, por su interpretación teleológica y jurisprudencial, a pesar de su tenor literal ambiguo no constituiría ningún obstáculo para el desarrollo de un derecho de propiedad europeo o una regulación europea común en materia de derechos reales. La única limitación lógica que impondría dicho artículo para el derecho de la Unión sería evitar su aplicación a la decisión de nacionalizar o no una empresa⁵⁵. No obstante existen opiniones discrepantes⁵⁶.

Ahora bien, que este artículo no constituya un obstáculo o impedimento a la acción legislativa de la Unión no significa, *sensu contrario*, que atribuya implícitamente a la

⁵³ Como apunta GEIGER, R., «Article 345. System of property ownership», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 1035, en el caso de medidas de nacionalización deben respetarse los límites establecidos en el artículo 37 del TFUE (monopolios comerciales) y en el artículo 106 del TFUE (monopolios de servicios).

⁵⁴ KLAMERT, M., «Article 345 TFEU», cit., p. 2047.

⁵⁵ AKKERMANS, B. Y OTROS, «Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), its meanings and interpretations», cit., p. 314. VAN ERP, S., «European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?», en DEVROE, W., DROSHOUT, D. y FAURE, M. (coords.) *Sixth Walter van Gerven Lecture Leuven Centre for a Common Law of Europe Ius Commune Research School*, Leuven, Europa Law Publishing, Leuven CCLE, 2006, en su p. 12, también admite un alcance limitado del precepto comentado, a pesar de su aparente amplitud.

⁵⁶ KENNA, P., «Introduction», en KENNA, P., NASARRE AZNAR, S., SPARKES, P. y SCHMID, C. (coords.) *Loss of homes and evictions across Europe*, Northampton, Elgar Publishing, 2018, p. 36, para quien el art. 345 TFUE limita el principio de primacía sobre los sistemas nacionales de propiedad, precisamente al hilo de los procesos nacionales de ejecución con repercusión en derechos de propiedad.

Unión la competencia regular los derechos reales de los Estados miembros⁵⁷. Por ello se hace necesario el estudio de la base jurídica concreta en el sentido de legislación positiva sobre Derechos reales (y en particular derechos inmobiliarios), que se profundizará en epígrafes posteriores.

Pero, en cualquier caso, las libertades del mercado interior no pueden verse perjudicadas por el hecho de que los Estados miembros invoquen el art. 345 TFUE. El respeto a las reglas de no discriminación, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales van a suponer un claro límite a la potestad legislativa de los Estados en los derechos reales.

II. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN ASUNTOS CIVILES.

1. La tutela judicial y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) ha tenido como objetivo ofrecer a los ciudadanos de la Unión un marco regulatorio sin fronteras internas⁵⁸. Si bien se trata de un concepto reciente (en tanto que en el Tratado de Roma original no se hace ninguna alusión al mismo), la dinámica de la integración europea, en la que se crea un mercado interior con un espacio en el que se garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, conlleva la consiguiente necesidad práctica de ofrecer un alto nivel de justicia en ese ámbito.

Como precedente podría citarse el marco creado por el Tratado de Schengen de 14 de junio de 1985. Mediante el mismo se suprimieron los controles fronterizos entre los miembros del Tratado de Schengen. De esta forma surgió la posibilidad de aumentar las medidas de seguridad (y consiguientemente las actuaciones judiciales comunes aplicables al espacio europeo) para el conjunto del espacio Schengen. Por ello la doctrina se refiere a un “desbordamiento” de las medidas de seguridad intensivas⁵⁹. Más tarde el Tratado de

⁵⁷ DE LA PUENTE ALFARO, F., «¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?», cit., p. 45.

⁵⁸ BOGENSBERGER, W., «Introduction. Area of freedom, security and justice», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 776.

⁵⁹ KOTZUR, M., «Commentary to article 67», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 407, y PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 14.

Ámsterdam pasaría a incorporar el acervo de Schengen al derecho de la Unión⁶⁰ y a día de hoy se trata de una norma vinculante para todos los nuevos Estados miembros (si bien tiene un régimen especial para determinados Estados, como se verá más abajo).

De este modo, si bien la prioridad de la Unión es un objetivo de naturaleza económica, el tráfico económico no puede relativizar la forma de salvaguardar los derechos de los ciudadanos en toda la Unión como consecuencia de las incipientes libertades desarrolladas⁶¹. La evolución legislativa de la Unión se ha centrado igualmente en abordar los asuntos derivados de la impartición de justicia, como consecuencia del proceso de integración europea se produce una ausencia en los controles de las personas al cruzar las fronteras.

La remisión de la Unión a medidas de seguridad y justicia comenzó con el Tratado de Maastricht de 1992, que configuró la cooperación en materia de Justicia y los Asuntos Internos en el Título VI del TUE, definiendo la política de asilo, el control de las fronteras exteriores, la política de inmigración, la lucha contra la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia civil y penal y la cooperación policial (entre otras materias) como “asuntos de interés común” necesarios para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas (arts. K-1 a K-9).

Esta es la primera vez que se asigna oficialmente esta función a la estructura institucional de la Unión, con independencia de la cooperación judicial informal que hubiese con anterioridad, persiguiéndose el establecimiento gradual de un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de las disposiciones del derecho primario de la Unión (y no sólo dentro de un régimen de tratado separado como es el sistema de Schengen)⁶².

Es con este tratado con el que se establece el llamado “sistema de pilares”: la cooperación judicial y policial se incluía en el tercer pilar, que junto con el segundo (relativo a la política exterior y de seguridad común) se pretendía ampliar por medio de la cooperación intergubernamental. No obstante, se critica que al utilizarse la vía convencional y no la integración a través de los diferentes procesos legislativos internos, el proceso de ratificación de las distintas Convenciones devenía complejo y duradero, resultando inaplicable⁶³.

⁶⁰ DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 2, 3, 1998, pp. 72-73.

⁶¹ Sobre los beneficios de la armonización en la implementación de procedimientos comerciales transfronterizos vid. BOURDET, Y. Y PERSSON, M., «Completing the European Union Customs Union: The Effects of Trade Procedure Harmonization», *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, 2, 2012, pp. 311-312.

⁶² KOTZUR, M., «Commentary to article 67», cit., p. 408, y JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, 7, 2005, p. 7.

⁶³ BOGENSBERGER, W., «Introduction. Area of freedom, security and justice», cit., p. 776, PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, cit., p. 5, y BOELE-WOELKI, K., «Unification and Harmonization of Private International Law in Europe», en BASEDOW, J., MEIER, I., SCHNYDER, A., EINHORN, T. y GIRSBERGER, D. (coords.) *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Asser Press, 2000, pp. 62-63.

Posteriormente el Tratado de Ámsterdam de 1999 reforzó el nivel de seguridad dentro del ELSJ, garantizando en mayor grado la libre circulación de las personas. La cooperación intergubernamental se fue abandonando, ya que el Tratado de Ámsterdam transfirió algunos asuntos de justicia y asuntos internos al primer pilar o pilar comunitario⁶⁴, permitiendo positivizar el derecho a través de los procedimientos legislativos internos de la Unión, y concretamente en el Título IV del Tratado de la Comunidad Europea (relativo a los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas y la cooperación judicial en asuntos civiles⁶⁵, arts. 61-69); si bien se mantuvo la cooperación policial y judicial en asuntos penales en el tercer pilar⁶⁶.

De este modo, con el Tratado de Ámsterdam las cuestiones relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tuvieron diferente habilitación en los tratados de Derecho primario. Por un lado, se aplicaba el “método comunitario” (legislándose por el procedimiento legislativo ordinario al considerarse competencia atribuida a la Unión) a las cuestiones integradas en el Tratado TC y el “método intergubernamental” a las que quedaron en el Título VI del TUE.

En el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo ya había utilizado la tríada de la libertad como la base misma de la integración europea, la seguridad como condición previa indispensable de la libertad y la justicia como el ideal general de todo ordenamiento jurídico y, por consiguiente, de toda comunidad jurídica⁶⁷.

Además de la división de competencias en materia de justicia entre los pilares primero y tercero, la aplicación territorial del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea y su acervo se caracterizó por la llamada “geometría variable”, en virtud de la cual la aplicación al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca del acervo adoptado en esta esfera estuvo condicionada por una serie de protocolos, en particular el Protocolo (nº 2) por el

⁶⁴ Que proporcionaba un marco que permitía a las instituciones comunitarias ejercer, en los ámbitos regulados por el Tratado, las competencias cuya soberanía había sido transferida por parte de los Estados miembros. Vid. KOTUBY, C., «External Competence of the European Community in the Hague Conference on Private International Law: Community Harmonization and Worldwide Unification», *Netherlands International Law Review*, vol. 48, 1, 2001, pp. 6-7.

⁶⁵ Como precisa la doctrina, la expresión “asuntos civiles” se refiere al Derecho procesal civil en sentido amplio, siendo el Derecho sustantivo civil una competencia puramente propia de los estados derivada de la interpretación negativa del art. 81 TFUE en relación con el principio de atribución de competencias. Vid. KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 439.

⁶⁶ Si bien como señala la doctrina el procedimiento diseñado por el Tratado de Ámsterdam para legislar en materia de cooperación judicial penal no era intergubernamental puro, sino de “comunitarización parcial” en tanto que introducía elementos de integración comunitaria. Por un lado, el control del TJUE sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y la interpretación de los convenios en materia de cooperación judicial y policial en materia penal (art. 35 del TUE) y la iniciativa legislativa de la Comisión (art. 34-2 TUE). Vid. BOGENBERGER, W., «Introduction. Area of freedom, security and justice», cit., p. 777. Igualmente DAWES, A. Y LYNSKEY, O., «The ever-longer arm of EC law: the extension of community competence into the field of criminal law», *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 158.

⁶⁷ Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, visto en web el 26 de abril de 2020 en https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm .

que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, el Protocolo (nº 4) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda y el Protocolo (nº 5) sobre la posición de Dinamarca, todos ellos introducidos en 1997 con ocasión del Tratado de Ámsterdam.

El Protocolo de Schengen integró en el derecho de la Unión tanto el Tratado de Schengen de 1985 como el Convenio de Schengen de 1990 (que habían celebrado algunos Estados miembros antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam) así como los instrumentos adoptados en virtud de ellos (el llamado “acervo de Schengen”). En ese protocolo también se preveía que el Reino Unido e Irlanda, que no eran partes en ese acervo, participaran en algunas o todas las disposiciones del acervo y, por último, se establecían disposiciones especiales para Dinamarca, que era parte en el acervo de Schengen, pero deseaba estar obligada por él sólo en virtud del derecho internacional. Para complicar aún más las cosas, el Protocolo del Reino Unido e Irlanda permitió a esos Estados Miembros un régimen especial por el que podían mantenerse al margen de las medidas previstas en el Título IV, u optar por ellas, pero que no formaban parte del acervo de Schengen. En cambio, el Protocolo de Dinamarca era más restrictivo y no permitía esa opción “a la carta”, con el efecto de que ninguno de los instrumentos del Título IV, con excepción de las medidas relativas a la determinación de los terceros países cuyos nacionales deben estar en posesión de un visado al cruzar las fronteras exteriores (que ya figuraba en el primer pilar posterior a Maastricht), se aplicaba a esos Estados miembros⁶⁸.

Pero, el sistema configurado con el Tratado de Ámsterdam fue proclive al debate jurídico sobre dónde trazar la línea divisoria entre el derecho comunitario y el pilar de derecho penal y procesal penal con sus diferentes procedimientos legislativos. Pueden citarse dos ejemplos al respecto. Por un lado, la impugnación de la Decisión marco 2003/80/JAI, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, anulada en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 13 de septiembre de 2005 (asunto C-176/03), por entenderse (p. 51) que dicha Decisión marco tenía como objetivo principal la protección del medio ambiente y podrían haber sido adoptados válidamente sobre otra base jurídica (el actual art. 192 TFUE, relativo a la consecución del medio ambiente y atribuido a la Comunidad) en lugar del Título VI del TUE. Por otro, igualmente la anulación de la Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 23 de octubre de 2007 (asunto C-440/05) por entenderse que la determinación del tipo y el grado de las sanciones penales no era competencia de la Comunidad (p. 70), excediéndose de la competencia de transportes (actual art. 100 TFUE).

Destaca igualmente el llamado Programa de La Haya: una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo que estableció diez prioridades para los siguientes cinco años (a fecha de la propuesta) y una asociación para la renovación

⁶⁸ WILDERSPIN, M., «Commentary to article 67», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 780.

europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, de 10 de mayo de 2005⁶⁹. En la misma se propone al Consejo y la Comisión la garantía de la coherencia en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, tendente a su evolución intermedia⁷⁰. Este programa y su plan de trabajo supusieron un importante revulsivo para la legislación armonizadora del Derecho procesal civil y penal acometido en los años siguientes.

Como última fase del proceso de integración en la materia, el Tratado de Lisboa dio el siguiente paso al unir todas las áreas de justicia e interior separadas por el Tratado de Ámsterdam bajo un título específico, denominado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (Título V del TFUE)⁷¹. Resalta la transferencia o comunitarización de las medidas en materia de derecho penal y procesal penal a la mecánica del derecho de la Unión. De este modo fue suprimida la llamada estructura de tres pilares de la Unión y se reunieron en el título V las políticas de control de las fronteras, de asilo y de inmigración (arts. 77-80 TFUE), cooperación judicial en materia civil (art. 81 TFUE), de cooperación judicial en materia penal (arts. 82-86 TFUE) y de cooperación policial (arts. 87-89 del TFUE). De este modo, tanto los instrumentos de cooperación judicial en materia penal como civil pasaron a considerarse como instrumentos comunitarios siguiendo el sistema general legislativo y de control de la Unión (arts. 288 y ss. y 293 y ss. del TFUE).

De esta forma pasó a requerirse la mayoría cualificada, al igual que el procedimiento legislativo ordinario para los ámbitos que ya lo contenían con las disposiciones del tratado anteriores, pero se mantiene la unanimidad en determinados ámbitos (migración legal, cuestiones de derecho de familia en el ámbito de la cooperación judicial, y los antiguos ámbitos del tercer pilar que ahora se incluyen en el ámbito de aplicación del TFUE, y en particular la cooperación penal y policial).

A fecha de la redacción del presente trabajo dos Estados miembros se benefician de regímenes especiales en materia del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Por un lado, Dinamarca no participa en ninguna de las medidas del Título V del TFUE sin posibilidad de optar por ellas (en base al artículo 1º del Protocolo nº 22 al TFUE, sobre la posición de Dinamarca). Por su parte Irlanda (y el Reino Unido antes de la salida de la Unión Europea) no participan en ninguna de las medidas del Título V, pero pueden optar por cada una de ellas en determinadas condiciones (como sucede en el Protocolo nº 21 al TFUE sobre la posición del Reino Unido e Irlanda con respecto al ELSJ). En 2014, el Reino Unido hizo uso de la posibilidad que le ofrecía únicamente el artículo 10-3 del Protocolo nº 36 sobre las disposiciones transitorias para optar, en un primer momento, por la exclusión de todos los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, que habían sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (exclusión en bloque); y en una segunda etapa, volvió a optar por participar algunos de esos actos (en particular los que se centraban en el intercambio de

⁶⁹ Referencia COM(2005) 184 final, visto en web el 5 de mayo de 2020 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0184&from=FR> .

⁷⁰ KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», cit., p. 440.

⁷¹ ROSSI, L. S., «From EU pillar to Area: the impact of the Lisbon Treaty on the External Dimension of Freedom, Security and Justice», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 16, 4, 2011, pp. 999 y ss.

información, aplicaban el principio de reconocimiento mutuo y establecían órganos específicos de la Unión que se ocupaban de la cooperación y la coordinación en materia penal)⁷². Este régimen especial estaría condicionado a la permanencia de Reino Unido en la Unión, cesándose de su aplicación una vez finalice el periodo transitorio (en principio programado el 31 de diciembre de 2020) así como sus sucesivas prórrogas.

De este modo la configuración general o de cabecera del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se regula en el art. 67-1 del TFUE, enumerando las áreas de aplicación en el ELSJ: “*La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros*”.

El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia configura, en primer lugar, los requisitos de la política de seguridad para garantizar la libre circulación de las personas dentro de la Unión. Al crearse un espacio sin fronteras interiores, donde se garantice la libre circulación, la creación del espacio de justicia se interpretaría como una suerte de “medida de compensación”. De este modo se precisa una cooperación intensificada entre los Estados miembros en lo que respecta a las actividades transfronterizas dentro del territorio de la Unión, así como una protección fiable de las fronteras exteriores hacia terceros países⁷³.

En cualquier caso, el art. 67-1 TFUE persiste en la obligación de respeto a la protección de su identidad y soberanía de los ordenamientos jurídicos y las tradiciones de los Estados miembros, debiéndose leer conjuntamente con el art. 4-2 TUE en lo que se refiere al respeto de la Unión a la identidad nacional y las estructuras constitucionales de los Estados miembros. Podría debatirse, como se aludirá a lo largo del presente trabajo, si esta persistencia podría llegar a afectar a las tradiciones jurídicas en materia de Derecho procesal de los respectivos Estados miembros⁷⁴. En cualquier caso la regulación del

⁷² Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2014, relativa a la notificación por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de su deseo de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen contenidas en actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal. DOUE, L 345/1, de 1 de diciembre de 2014.

⁷³ KOTZUR, M., «Commentary to article 67», cit., p. 408. De hecho, como sostiene TRAUNER, F. Y RIPOLL SERVENT, A., «The Communitarization of the Area of Freedom, Security and Justice: Why Institutional Change does not Translate into Policy Change», *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, 6, 2016, p. 1429, los Estados miembros siguen siendo claves para determinar la profundidad y el alcance del cambio de las políticas en el ELSJ.

⁷⁴ Adicionalmente y como recuerda PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, cit., p. 21, la obligación de respetar las tradiciones nacionales divergentes podría considerarse como una aplicación particular del principio de subsidiariedad, como parámetro limitativo de la legislación de la Unión en la materia. Es por ello por lo que el citado autor plantea en su p. 67 la necesidad de que la cooperación en materia de justicia debería estar sujeta a un control parlamentario y judicial, y a una protección eficaz de los derechos humanos equivalente al menos a los principios establecidos por las mejores tradiciones nacionales en este ámbito, lo que se consigue en el Tratado de Lisboa.

Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es una competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros, dado el art. 4-2 j) TFUE⁷⁵.

Este enunciado debe ponerse en relación con el objetivo de la Unión Europea contenido en el art. 3-2 del TUE: “*La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia*”. Como comentan algunos autores, el Tratado de Lisboa si bien abandonó la ambición de convertirse en un tratado constitucional para la Unión (como intentó el fracasado borrador de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), el espacio organizado en su territorio pasa a ser un “espacio constitucional” sustentado por la idea de Estado de Derecho, en el que se orienta el derecho positivo hacia la justicia. Por ello, partiendo del “objetivo constitucional” del artículo 3-2 del TUE, la cooperación legislativa y operativa entre la Unión y los Estados miembros, en lo que respecta a la organización de la justicia, debería organizarse en este ámbito⁷⁶.

El art. 67-1 TFUE se refiere específicamente al respeto de los Derechos fundamentales del CDFUE como requisito que la legislación en materia de la Unión habrá de respetar, que en cualquier caso se exige de manera general para todo el Derecho de la Unión en virtud del artículo 6 del TUE que confiere a CDFUE el mismo valor jurídico que los Tratados y establece que los derechos fundamentales, tal como están garantizados por el CEDH, son principios generales del Derecho de la Unión⁷⁷.

Este criterio del respeto a los Derechos fundamentales se ha exigido en dimensiones como la legislación de la Unión que repercute en el proceso penal. Así ha sucedido con el art. 4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. De dicho artículo, que regulaba las condiciones de denegación de la ejecución de la orden de detención europea, se interpretó en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, caso Melloni, que era compatible con las exigencias derivadas de los arts. 47 y 48-2 del CDFUE (en las dimensiones de que la causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez

⁷⁵ Como advierte GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 13, el carácter compartido y asimétrico de dicha competencia conduce a una falta de determinación clara de dónde está la fuente de producción normativa en materia procesal civil. Es preciso advertir que, como señala la doctrina iusinternacionalista, si en una determinada materia la intervención comunitaria es exhaustiva, irá ocupando terreno de competencias a los estados y inalmente podrá devenir en exclusiva por la doctrina del *pre-emption* o el desplazamiento, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Las competencias comunitarias», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 16.

⁷⁶ KOTZUR, M., «Commentary to article 67», cit., p. 408.

⁷⁷ WILDERSPIN, M., «Commentary to article 67», cit., p. 784, MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. DEL C., *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2010, p. 74.

independiente e imparcial, así como del derecho de defensa), así como el derecho al proceso justo y equitativo del art. 6 del CEDH.

Esta dinámica de interpretación conforme de la acción de la Unión en el ELSJ se ha aplicado al proceso civil, y en concreto al Reglamento nº 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. En la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10 PPU, caso J. McB, en el que se interpretó que los derechos del menor del art. 24 CDFUE y el respeto a la vida privada y familiar del art. 7 de la misma Carta no se oponían, a efectos de aplicación del art. 11-2 del mismo Reglamento (relativo a la posibilidad de audiencia del menor durante su proceso de guardia y custodia paterno filial) a que la autoridad judicial nacional concediese el derecho de custodia exclusivamente a la madre y que un padre biológico sólo disponga de un derecho de custodia en virtud de una resolución judicial (p. 62 de J. McB.).

Otro de los aspectos elogiados del art. 67 TFUE es que derogó el antiguo art. 68 del Tratado de la Comunidad Europea, que limitaba el conocimiento de las cuestiones prejudiciales sometidas al TJUE en interpretación de las cuestiones del ELSJ incluidas en el primer pilar, permitiendo el planteamiento de la cuestión en aquellas circunstancias en las que la resolución del órgano jurisdiccional nacional que plantease la cuestión no fuese susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. La derogación de este artículo limitativo de la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial ha sido calificada como de refuerzo del “estado de derecho europeo”⁷⁸.

Destaca el párrafo 4º del art. 67 TFUE: “*La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil*”. Este artículo establece una obligación general, dirigida al legislador de la Unión, para facilitar “la tutela judicial”, que recuerda a la obligación contenida en el art. 29 del TUE en su versión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁷⁹.

Es preciso recalcar que en la versión en inglés del art. 67-4 del TFUE introducido tras el Tratado de Lisboa el término empleado por el legislador europeo es *access to justice*, cuya traducción adaptada al contexto de protección judicial internacional de los derechos humanos debe asimilarse aproximadamente al contenido material del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y no solo al de acceso a los tribunales⁸⁰. Por esta

⁷⁸ KOTZUR, M., «Commentary to article 67», cit., p. 411.

⁷⁹ “*Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia*”.

⁸⁰ Es así que la doctrina considera que por *access to justice* tiene que encuadrarse, en primer lugar, la existencia de instituciones jurisdiccionales independientes y procedimientos que concedan una audiencia adecuada para las personas que se sientan vulneradas por el derecho humano en cuestión, pero igualmente se exige que los procedimientos sean eficaces, esto es capaces de reparar el daño que se ha infligido y servir de cauce jurídico adecuado. Vid. SHELTON, D., *Remedies in international human rights law*, Oxford,

razón entendemos aproximada y adecuada la traducción hecha en el contexto de este artículo.

Por ello los principios enunciados en dicho artículo (como el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales) y todos aquellos en los que se sustente una eventual armonización en materia de Derecho procesal civil tienen que coexistir y ser compatibles con el Derecho a la tutela judicial efectiva, igualmente consolidado en el art. 47 CDFUE, en tanto que como ha advertido cabe la posibilidad de existencia de tensión entre ambos principios que pueda ser difícil de descifrar⁸¹.

De hecho, la aplicación del criterio de la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE deberá erigirse como un criterio homogeneizador en la intervención de la Unión en las normas procesales civiles de los Estados miembros. De esta forma se haría frente a la distorsión de la competencia debida al acceso de los operadores económicos a sistemas judiciales de calidad y eficiencia divergentes. Dada la duplicación de regímenes procesales en la normativa sectorial de la Unión (a la que más adelante se hará referencia) algunos autores proponen que quizás sea el momento de adoptar un enfoque más sistemático y coherente de la intervención de la UE en el derecho procesal civil de los Estados miembros, garantizando la igualdad de acceso a sistemas judiciales comparables en toda la Unión, para una plena garantía de las procesales consagradas en el artículo 47 CDFUE⁸². Si en cada instrumento sectorial se adoptan o se obliga a readaptar unas instituciones jurídico-procesales propias en función de la materia regulada, el legislador de la Unión generará una amalgama de normas procesales asistemáticas, generando una proliferación y dispersión normativa exagerada de especialidades procesales en los Ordenamientos internos de los Estados. Esta circunstancia que podría solucionarse con un enfoque más reductivo y sistemático en la legislación europea en materia procesal, por la vía de una integración en una regulación general⁸³.

Oxford University Press, 2015, edición online. Igualmente vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el art. 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 231 y ss.

⁸¹ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 858.

⁸² VERNADAKI, Z., «Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations», *Journal of Contemporary European Research*, vol. 9, 2, 2013, pp. 310-312. O RAMOS MENDEZ, F., «La insignificante levedad operativa de la legislación procesal civil europea», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 400-401, quien critica que con la normativa sectorial se aspira a construir categorías procesales autónomas en cada instrumento (como se analizará más adelante), que lejos de unificar constituiría un factor entorpecedor u obstaculizador de la circulación de resoluciones judiciales.

⁸³ Como ocurrió, a modo de ejemplo, con la codificación del Derecho procesal civil en España y la integración de diversos procesos especiales y especialidades procedimentales en los procesos ordinarios en la LEC 1/2000. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., «Lección 47. Las especialidades procedimentales de los procesos ordinarios y los procesos especiales», en DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Curso de Derecho procesal civil II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2014, pp. 545 y ss. Como señalan algunos autores, como CARAMELO-GOMES, J., «Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European

Desafortunadamente este pretendido enfoque sistemático e integrador del Derecho procesal europeo será de gran dificultad en la práctica, dada las limitaciones de las bases jurídicas de los Tratados fundamentales de la Unión Europea para permitir una legislación que integre de forma horizontal las instituciones jurídico-procesales que han ido surgiendo en el Derecho de la Unión Europea. Como se analizará más detenidamente a lo largo del presente capítulo, el art. 81 TFUE relativo a la cooperación judicial civil europea quedará limitado a la legislación con “repercusión transfronteriza”, y el art. 114 TFUE, relativo a la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior por los presupuestos de necesidad de existencia de disparidades entre las regulaciones nacionales así como de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales del mercado interior o de distorsiones de la competencia.

De la lectura superficial del art. 67-4, en consonancia con el contenido de los párrafos anteriores del mismo el empleo del TJUE cabe deducirse que, más que configurar una base jurídica en materia procesal, lo que hace es crear un criterio inspirador para interpretar la legislación de la Unión que pueda tener una mayor repercusión en el ámbito judicial.

No obstante, algunos autores interpretan que este precepto enuncia la obligación de facilitar la tutela judicial se erige en el encabezamiento del aspecto de la cooperación judicial civil del art. 81 del Título V del TFUE y, por lo tanto este último precepto debe interpretarse en consonancia con el mismo⁸⁴.

En cualquier caso, cabría debatirse, a la luz del tratamiento en el Derecho primario de la cooperación judicial civil brindada en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, hasta qué punto podría constituir una base jurídica pertinente para promover una armonización en materia procesal civil.

2. La cooperación judicial civil europea: contenido y límites

La cooperación judicial en materia civil tiene por objeto facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias en este ámbito (o libre circulación de resoluciones judiciales), con el fin de permitir que una sentencia dictada en un Estado miembro tenga repercusiones en otro, satisfaciendo de este modo la finalidad de libre

Law», en FABER, W. y LURGER, B. (coords.) *Rules for the Transfer of Movable: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 245 y ss., el Derecho privado europeo estaría creciendo, y la tendencia futura sería la conversión en un cuerpo consistente de normas unificadas.

⁸⁴ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 858.

circulación derivada de los respectivos ámbitos de libertades del mercado que propugna la Unión.

La cooperación judicial diseñada en el Espacio Judicial Europeo abarca tanto la justicia penal como la civil, incluida la asistencia judicial recíproca. La cooperación utiliza el apoyo de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) para cooperar en la lucha contra el terrorismo y las formas graves de delincuencia organizada que afectan a más de un país de la Unión, y la Red Judicial Europea para tramitar asuntos entre dos puntos de contactos nacionales de las materias de Derecho civil y mercantil, ambas creadas en 2002.

Si bien la primera manifestación de la cooperación judicial civil en los Tratados de Derecho primario tuvo lugar por primera vez en 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la acción de los Estados Miembros de la Unión actuando conjuntamente tiene una historia mucho más larga, ya que celebraron convenciones en este ámbito, en 1968 y 1980 respectivamente⁸⁵, que han servido de modelo para los instrumentos adoptados después de 1999. Desde entonces los Estados Miembros se embarcaron en un programa de armonización de las normas en materia de conflicto y Derecho procesal internacional privado en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión⁸⁶.

Como se ha comentado con anterioridad, el artículo 220 del Tratado de Roma en su versión original establecía que “los Estados miembros entablarán (en tanto sea necesario), negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales, y la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales” (entre otros aspectos). Si bien esta disposición no permitía en sentido estricto la promulgación de Derecho comunitario, fue empleada como base jurídica para enunciar las convenciones de 1968 y 1980 antes referidas. De hecho, el Convenio de Bruselas de 1968 estaba integrado en el Derecho comunitario, hasta el punto que los Estados contratantes celebraron un protocolo que atribuía al Tribunal Europeo la competencia para examinar las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Convenio⁸⁷.

⁸⁵ En concreto el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, ambos convenios suscritos en el marco de los Estados pertenecientes al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

⁸⁶ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 852.

⁸⁷ Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 1968, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° C 027 de 26/01/1998, pp. 28 – 33. Como señala la doctrina, esta primera integración del Convenio en la jurisdicción del TJUE es un logro importante en tanto que se permite que el Tribunal desempeñe su función habitual de integración jurídica. Vid. CARAMELO-GOMES, J., «Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law», cit., pp. 245 y ss.

Estos textos jurídicos son manifestación del antes referido método intergubernamental o del “tercer pilar”, que sin embargo presentaba un agravio comparativo: por un lado el tiempo necesario para negociar y posteriormente ratificar un convenio, e igualmente que cada Estado Miembro de la Comunidad Europea tenía que adherirse al convenio respectivo (además del Derecho primario; lo que podía limitar la obligatoriedad automática de este derecho)⁸⁸.

El método intergubernamental se mantuvo en virtud del régimen del Tratado de Maastricht, según el cual la cooperación judicial en materia civil se enumeraba en el párrafo 6 del artículo K1 del TUE como un interés común de los Estados miembros que entraba en el ámbito del tercer pilar, desarrollando su contenido en el art. 73 M del Tratado de la Comunidad Europea.

Con la introducción en el Tratado de Ámsterdam de los artículos 61-c y 65 del Tratado de la Comunidad Europea se abrió una nueva e importante fase en la historia jurídica de Europa, en tanto que la cooperación judicial civil se convirtió en el objeto de una política precisa de la Unión Europea, transfiriéndose del tercer pilar al primero (Título IV del Tratado CE, relativo a visados, asilos, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, como se ha aludido anteriormente en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia)⁸⁹. Desde entonces el impacto del Derecho comunitario en la justicia civil, de ocasional y episódico, se convirtió en el objeto de una política sistemática, jalonada por programas plurianuales y destinados a alcanzar objetivos determinados⁹⁰.

Del art. 65 introducido con el Tratado de Ámsterdam se critican varios aspectos. Por un lado, este precepto exigía que las medidas que se adoptaran fueran “para el correcto funcionamiento del mercado interior”, sin que se previese ninguna autorización específica para armonizar el derecho interno de los Estados miembros, exigiendo igualmente que todas las medidas se adoptasen por unanimidad. Respecto al segundo punto, autorizaba medidas para mejorar y simplificar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, pero el apartado b) se limitaba a autorizar medidas que “fomentasen la compatibilidad de las normas” relativas a tales cuestiones. Dado el carácter restrictivo de este artículo, algunos autores concluyeron que el artículo 65 del Tratado CE no proporcionaba una base jurídica adecuada para adoptar medidas de Derecho procesal internacional privado, en cuyo caso o bien se debía seguir utilizando el artículo 293 del Tratado CE (antiguo artículo 220 del Tratado CE antes referido) para celebrar convenios o recurrir a la base jurídica del mercado interior, el

⁸⁸ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 856.

⁸⁹ Y como advierte la doctrina, la desaparición del tercer pilar acaba con un sistema artificial que resultaba caótico e ineficiente, abriendo las puertas a una competencia compartida de la Unión que ofrece un importante potencial de desarrollo en el futuro. Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa», *Revista de las Cortes Generales*, vol. 70-72, 2007, p. 123.

⁹⁰ BIAVATI, P., «I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi.», cit., p. 8.

entonces art. 95 del Tratado CE (actualmente artículo 114 TFUE, que se comentará más adelante)⁹¹.

En cualquier caso, el legislador europeo adoptó la legislación en materia de Derecho procesal internacional privado basándose precisamente en la habilitación jurídica que ofrecía el Título IV del Tratado CE, bajo el cual adoptó entre otros el Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El Tratado de Niza, por su parte, introdujo una modificación significativa en tanto que dispuso que las medidas de cooperación judicial civil se adoptarían por mayoría cualificada (art. 67-2), con la excepción de los aspectos relativos al derecho de familia⁹².

Es así que la edificación de la cooperación judicial europea en materia civil ha ido evolucionando a través de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999, el Programa de La Haya en 2005 y el Programa de Estocolmo en 2009⁹³. El Tratado de Lisboa de 2007 reforzó esta línea. Por ello el art. 81 TFUE subraya el compromiso de la Unión en el ámbito de los litigios transnacionales e indica algunos objetivos nuevos, como el acceso efectivo a la justicia, el desarrollo de soluciones alternativas para la resolución de los litigios y la formación de los magistrados.

En el último estadio, el Tratado de Lisboa introdujo el art. 81 del TFUE, que se mantiene en consonancia con la estructura básica del artículo 65 del Tratado CE. No obstante, el art. 81 introduce reformas más profundas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil europea. En primer lugar, amplía el ámbito de aplicación del artículo contenido en el párrafo segundo, añadiendo las medidas para garantizar “una tutela judicial efectiva” (punto e), “el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios” (punto g) y “el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”. En segundo lugar, se especifica que la cooperación judicial puede “incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Y, adicionalmente, se exige la condición de que la medida aproximada ha de ser necesaria “para el buen funcionamiento del mercado interior”, si bien se matiza y suaviza este último condicionante con las palabras “en particular cuando...”.

El tenor del art. 81 introducido con el Tratado de Lisboa parece diluir la finalidad originaria de este precepto, cual era servir de marco para una cooperación interestatal en materia de Derecho procesal internacional privado si bien en el marco del Derecho

⁹¹ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 857.

⁹² PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, cit., p. 10.

⁹³ El Programa de Estocolmo de 2009 en tanto que intentó fortalecer el principio de confianza mutua, así como que cada propuesta legislativa en materia procesal civil tuviese que contar con una evaluación de impacto en materia de definición de necesidad y descripción financiera, así como el respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Vid. GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. Y LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2016, p. 98.

comunitario. Con la ampliación del objeto parece dibujarse la finalidad de sentar una base jurídica más alejada de esa finalidad original, para servir de piedra angular de un Derecho procesal europeo sin los estribos clásicos del Derecho internacional privado. Se hace por tanto necesario el estudio más exhaustivo de esta base jurídica, para determinar a la luz de la reforma del Tratado de Lisboa su posible amplificación conforme a este fin.

3. La llamada “repercusión transfronteriza” como presupuesto habilitante para la armonización de la Unión en materia procesal civil

El art. 81 del TFUE consagra que “*La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales*”.

Como se ha hecho alusión anteriormente, el tenor de este artículo sobre la repercusión transfronteriza en relación a la cooperación judicial civil se insertó por primera vez en el Tratado de Ámsterdam de 1997, el cual introdujo el art. 73 M al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y se mantuvo en el art. 65 del Tratado de Niza de 2002. Tal y como ha planteado la doctrina autorizada, la limitación transfronteriza que ha permanecido inalterada desde el mencionado Tratado de Ámsterdam ha sido central en el debate sobre la competencia de la justicia civil, e incluso podría sostenerse que ha sido el punto central en la batalla contra la incursión de la UE en la autonomía procesal nacional⁹⁴. La razón de esta cláusula limitativa estibaría en el hecho de sería precisamente la litigación transfronteriza el elemento que justifica, al menos *a priori*, la intervención legislativa de la Unión en materia procesal civil⁹⁵.

La expresión “cooperación judicial en materia civil” puede proyectar una imagen de tribunales que cooperan directamente entre sí, si bien el resto de la frase da a entender que lo que se pretende principalmente es el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. A juicio de la doctrina, el legislador ha tratado de lograr tal objetivo mediante la reducción gradual de los pasos intermedios que deben darse entre el dictado de una sentencia en un Estado Miembro y la ejecución de esa sentencia en otro

⁹⁴ STORSKRUBB, E., «Civil justice. Constitutional and regulatory issues revisited», en FLETCHER, M., HERLIN-KARNELL, E. y MATERA, C. (coords.) *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Londres, Routledge, 2019, pp. 306-307.

⁹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., p. 17.

Estado miembro, y esto se ha logrado en particular mediante la simplificación o incluso la supresión del procedimiento de declaración de ejecutabilidad o exequátur por el que una sentencia dictada en un Estado Miembro se recibe en el ordenamiento jurídico de otro⁹⁶.

El problema que cabría plantearse sería hasta qué punto la dicción “repercusión transfronteriza” (*cross-border implications* en su versión original en inglés), en la competencia de la Unión para la cooperación judicial civil entre los Estados miembros, sería título habilitante para que la Unión legisle sobre relaciones jurídico-procesales internas de los Estados miembros, y pueda por tanto ser título competencial para las mismas.

Como han argumentado algunos autores, la repercusión transfronteriza estaría vinculada a la actividad económica transfronteriza, en tanto que buscaría eliminar los obstáculos al comercio interestatal causados por las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales. Este sería el ámbito tradicional de la misma. No obstante, y como se profundizará, la armonización puede afectar directamente al Derecho procesal sustantivo nacional (sin que tenga que repercutir en actividades consideradas como transfronterizas), lo que podría incluso llegar hasta la unificación real del propio Derecho procesal, que derogaría las normas de conflicto del Derecho procesal internacional privado⁹⁷.

Igualmente habría que atender al elemento de extranjería, que se encontraría en la necesidad de tener que seguir el proceso frente a quien tiene su domicilio fuera del Estado miembro en el que se tramita el procedimiento. El carácter transfronterizo, por tanto, se dará siempre que, al menos alguna de las partes, tenga su domicilio en un Estado distinto a aquel en que se encuentra el órgano jurisdiccional que conoce del proceso. O lo que es lo mismo, lo determinante sería el proceso, más que la naturaleza del asunto, y la necesidad de continuar con el proceso fuera del Estado miembro en el que se tramite⁹⁸.

La duda sobre la amplitud del término podría surgir a simple vista al intérprete jurídico. Es así que en el punto 11 del Informe 6.6.2017, de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre la resolución sobre normas mínimas comunes de procedimiento civil en la Unión (2015/2084 INL), de ahora en adelante Propuesta sobre normas mínimas de procedimiento civil⁹⁹, se afirma que la noción de «repercusión

⁹⁶ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 859, o VLAS, P.; IBILL, F.; ZILINSKY, M. Y OTROS, «Civil jurisdiction and enforcement of judgments in Europe», *Netherlands International Law Review*, vol. 56, 2009, p. 271, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (coords.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 100-101.

⁹⁷ ISRAËL, J., «Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 7, 1, 2000, p. 91.

⁹⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social», *Diario La Ley*, vol. 6865, 2008, edición online.

⁹⁹ Del mismo se advierte un desorden en su sistemática, en el que se precisaría una mejora del texto inicial con las aportaciones de la doctrina científica. Vid. PICÓ I JUNOY, J., «Reflexiones críticas sobre las normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea en materia de prueba pericial», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a*

transfronteriza» que especifica el artículo 81, apartado 2, del TFUE en relación con la adopción de medidas de cooperación judicial en materia civil debe tomarse en sentido amplio, y no entenderse como sinónimo de «litigio transfronterizo»; si bien se delimita en el punto P del mismo documento que el requisito de un elemento transfronterizo para que la Unión pueda ejercer la potestad legislativa en materia procesal civil implica que solo cabe la actuación de la Unión cuando en un asunto se reúnan unos factores de conexión (por ejemplo, residencia, lugar de ejecución, etc.) que afecten, como mínimo, a dos Estados miembros diferentes.

De este modo la posible interpretación extensiva de este término hace preciso su delimitación a tenor de la jurisprudencia del propio TJUE. De ello podrá deducirse la posible existencia de un mayor o menor ámbito de aplicación del propio Derecho de la Unión.

De hecho, la posible armonización del Derecho de la Unión debe partir del ámbito de aplicación material, personal y territorial de la propia normativa armonizada, analizada teniendo en cuenta la base jurídica correspondiente del Derecho primario. Así lo determina el Pleno del TJUE en su Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006 (pp. 59 y 60).

Por su parte la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 25 de junio de 2009 (asunto C-14/08, caso Roda Golf), interpretando el art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea modificado por el Tratado de Niza, determinó que el Reglamento nº 1348/2000 tenía por objeto establecer un sistema de notificación y traslado judicial intracomunitario cuya finalidad es el buen funcionamiento del mercado interior. Y entendió que dicha repercusión no podía limitarse a los procedimientos judiciales (en el caso de que el Estado miembro en cuestión previese un sistema de notificación y el traslado de documentos extrajudiciales al margen del mismo proceso judicial, como era el caso del Derecho nacional español). El Tribunal de Justicia interpretó que dicha cooperación puede manifestarse tanto en el marco de un procedimiento judicial como al margen de tal procedimiento. Pero en todo caso se requerían dos requisitos: que tal cooperación tuviese incidencia transfronteriza y que fuese necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior (p. 56 de Roda Golf)¹⁰⁰.

la normativa europea y a su interpretación por los tribunales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 474. En el mismo sentido HESS, B. Y OTROS, «From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure: An Introduction», cit., p. 26, consideran que si bien la propuesta constituye un primer paso hacia el establecimiento de unos estándares comunes mínimos en materia de Derecho procesal civil (entendidos como un punto intermedio entre los principios procesales constitucionales y las normas definitivas de Derecho positivo), la propuesta en sí no sería lo suficientemente coherente en tanto que el concepto subyacente no quedaría claro. La razón es que alguna de las normas propuestas en dicho texto solo reiterarían garantías constitucionales, mientras otras proponen normas demasiado específicas. Igualmente, algunas normas se refieren a los procedimientos propiamente dichos, mientras que otras se refieren principalmente a la organización del poder judicial y su personal colaborador en lo que respecta a la relación entre las partes y los abogados en los procedimientos civiles. En general, el proyecto de directiva necesita considerables mejoras y perfeccionamientos.

¹⁰⁰ Posteriormente en la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-223/14 caso Tecom Mican, especifica la aplicación de estos requisitos en el sentido que no procedería verificar caso por caso si la notificación o el traslado de documentos extrajudiciales tienen estos requisitos a los efectos de la aplicación del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y

Es decir, en el caso Roda Golf el Tribunal de Justicia entiende que la competencia comunitaria para legislar en materia procesal puede ser de un ámbito de aplicación material más amplia que el del propio Estado miembro, pero que en todo caso se requiere el elemento trasfronterizo, requiriéndose la cooperación de las jurisdicciones de dos Estados miembros, o al menos de uno¹⁰¹.

Esta interpretación está en consonancia con la opinión reflejada tanto por la doctrina como por la Abogada General Verica Trstenjak en sus Conclusiones al asunto C-304/08, caso Plus Warenhandelsgesellschaft de 3 de septiembre de 2009, en su punto 41. La repercusión transnacional es un presupuesto de aplicación para la aplicación del Derecho primario relativo a la libre circulación de bienes y servicios. Y, por lo tanto, para apreciar dicho requisito debe verificarse si los hechos presentan una repercusión comunitaria. De este modo, si se llega a la conclusión de que los hechos se desarrollan en un único Estado miembro, no procedería la aplicación de esta disposición del Derecho primario¹⁰².

Resulta ilustrativa la jurisprudencia que el TJUE ha ido conformando entorno a las disposiciones de Derecho primario relativas a la libre prestación de servicios, en el sentido que se excluye la aplicación a actividades cuyos elementos relevantes se sitúan en el interior de un solo Estado miembro (Sentencias de la Sala Sexta TJUE de 16 de enero de 1997, asunto C-134/95, caso USSL nº 47 di Biella/INAIL, p. 19, y de 21 de octubre de 1999, asunto C-97/98, caso Jägerskiöld, p. 42). En tales casos, al huir el elemento de conexión del requisito previsto en los Tratados respecto al carácter transfronterizo, la relación jurídica nacional queda excluida del presupuesto exigido por

del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

¹⁰¹ Es así que en la Sentencia de la Sala Sexta del TJUE, de 13 de julio de 2000, asunto C-412/98, caso Group Josi, se admite la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 a un litigio entre un demandado domiciliado en un Estado contratante y un demandante domiciliado en un país tercero. Con carácter general el art. 81 TFUE da al legislador europeo un amplio margen de maniobra en cuanto a la determinación de normas sobre jurisdicción internacional, exigiéndose una conexión objetiva entre la controversia y un Estado miembro, en particular cuando el demandado estaba domiciliado en un Estado miembro, dejando que las situaciones en que el demandado estaba domiciliado en un tercer país se trataran mediante normas nacionales no armonizadas. Sin embargo, instrumentos más recientes se han apartado en cierta medida de este principio, ya que contienen normas que tratan -también- el lugar de residencia habitual del demandante como factor de conexión para desencadenar las normas armonizadas que contiene el instrumento (art. 3 b del Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, sobre obligaciones de alimentos) y/o prevén un *forum necessitatis* en un Estado miembro cuando existe alguna conexión entre la controversia y ese Estado y no es posible o factible que el demandante interponga una demanda en un tercer país (art. 11 del Reglamento 650/2012, de sucesiones). Vid. WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 865. Otras normas, aun no siendo armonizadas a tenor del art. 81 TFUE, establecen ámbitos de aplicación lo suficientemente amplios para permitir la reclamación de un derecho en los tribunales de los Estados de la Unión, como el art. 3 del Reglamento 261/2004 de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos. En sentido contrario BASEDOW, J., «The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 702-703, para quien la referencia al “buen funcionamiento del mercado interior” implica que la cooperación judicial civil se refiere principalmente a las relaciones intracomunitarias, en las que resultaría difícil comprender por qué debería incluirse la cooperación entre un único Estado miembro y terceros Estados.

¹⁰² LENAERTS, K.; ARTS, D. Y MASELIS, I., *Procedural Law of the European Union*, 2º, London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 191.

el Derecho de la Unión. Tales razonamientos deben trasladarse, *mutatis mutandi*, a la cooperación judicial en materia civil.

Otra interpretación sobre el alcance de la llamada repercusión transfronteriza viene de la mano de la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 21 de junio de 2018, asunto C-20/17, caso Oberle, que interpreta el Reglamento n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

En base a los considerandos 1, 7 y 67 de dicho Reglamento, el mismo se aplica a las sucesiones mortis causa que tienen repercusiones transfronterizas. No obstante, si bien se clarifica en los considerandos, en el articulado del Reglamento 650/2012 nada se especifica sobre que deba limitarse su ámbito de aplicación a las sucesiones con repercusión transfronterizas (si bien el art. 2 remarca que dicho Reglamento no afecta a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones). Aun así, el TJUE en la Sentencia Oberle entiende que dicho Reglamento se aplica cuando exista una sucesión mortis causa que implique a varios Estados miembros (pp. 32 y 35).

Resulta de particular interés la aplicación de esta doctrina en supuestos en los que la relación transfronteriza implica simplemente la posibilidad de que en el transcurso de un procedimiento iniciado bajo la jurisdicción de un Estado miembro puedan derivarse actuaciones posteriores en un tercer estado. Tal es el supuesto de la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10 caso Hypoteční banka a.s., en la que cuando se pretende la resolución de un contrato de crédito inmobiliario con garantía hipotecaria. En dicho supuesto una entidad financiera de la República Checa, con domicilio social en Praga, solicitó la condena de un nacional alemán ante los tribunales checos al pago del principal e intereses de demora correspondiente a las cuotas impagadas de un crédito hipotecario. El tribunal emitió requerimiento de pago, que no pudo ser notificado al carecer el demandado de domicilio conocido. De este modo, conforme a las disposiciones previstas en el Derecho procesal checo, se nombró un curador el cual se opuso a la demanda. A la luz de la oposición, el Tribunal nacional checo planteó cuestión prejudicial entre cuyos puntos se cuestionaba la repercusión transfronteriza conforme al art. 81 del TFUE para aplicar el entonces vigente Reglamento n° 44/2001.

El TJUE entendió que la nacionalidad extranjera de la parte demandada podía plantear dudas en relación a la determinación de la competencia internacional del órgano jurisdiccional al que se somete el asunto. No obstante, aunque el demandado fuese nacional de un estado extranjero igualmente miembro de la Unión y careciese de domicilio conocido, los órganos nacionales iniciadores de un procedimiento declarativo serían competentes para conocer de dicho procedimiento de conformidad con el imperativo de seguridad jurídica. Además, el TJUE apreciaría que el objetivo de dicho Reglamento sería la garantía de la protección de los demandados domiciliados en el

territorio de la Unión Europea. Por lo tanto, en un procedimiento tendente a exigir responsabilidad hipotecaria en la que el demandado tenía nacionalidad extranjera y carecía de domicilio conocido en el Estado miembro el TJUE entendió implícitamente la existencia de una repercusión transfronteriza y permitió la aplicación del entonces vigente Reglamento 44/2001 (sentencia *Hypoteční banka* pp. 28-35). Todo ello bajo la presunción de que la aplicación de las reglas de competencia judicial presupone que la situación controvertida en el litigio del que conoce un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia internacional de dicho órgano (por ejemplo, ejecutándose la sentencia final del procedimiento en un tercer Estado miembro de la Unión, como el de procedencia del nacional).

En *Hypoteční banka* al TJUE le resulta indistinto el hecho de que el terreno gravado con hipoteca de cuyo crédito se pretende su resolución (y posterior ejecución) se encuentre en el Estado miembro en el que se inician las actuaciones judiciales. El TJUE aprecia la repercusión transfronteriza en razón a que el demandado es nacional de otro Estado miembro, circunstancia que puede provocar la determinación de la competencia internacional del órgano judicial conforme a los criterios de la normativa europea en materia de cooperación judicial civil.

La exigencia de que un asunto tenga repercusiones transfronterizas da considerable margen interpretativo al legislador europeo, que a veces lo ha entendido de manera muy flexible y otras de manera muy restrictiva. Por ejemplo, al promulgar instrumentos que contienen normas de Derecho internacional privado, el legislador ha adoptado un enfoque más flexible, en el sentido de que los tribunales de los Estados miembros deben aplicar las normas de la normativa europea incluso cuando el litigio que se les somete no tiene ninguna conexión objetiva aparente, aparte del foro con un Estado miembro¹⁰³. Pero como advierte la doctrina esta interpretación planteó inicialmente algunas dudas sobre su legalidad. Por ello en el Reglamento n° 655/2014, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas, el legislador defendió la condición de “repercusiones transfronterizas” de una manera diferente, hasta el punto de que como se ha advertido puede llegar a privar al Reglamento de gran parte de su significado práctico¹⁰⁴. De este modo, las diferencias de interpretación del concepto de “repercusión transfronteriza” han sido señaladas como una de las principales limitaciones para la legislación derivada del art. 81¹⁰⁵.

¹⁰³ Como sucede con el Reglamento n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en cuyo considerando 15 se afirma a modo de ejemplo que “*Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión.*”

¹⁰⁴ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., pp. 859-860.

¹⁰⁵ VAN RHEE, C. H., «Approximation of Civil Procedural Law in the European Union», en HESS, B. y KRAMER, X. (coords.) *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2018, p. 75.

Pero en cualquier caso y al margen de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia del art. 81 TFUE y la legislación derivada del mismo, algunas normas de Derecho secundario han establecido conceptos propios sobre la repercusión transfronteriza. Sirva como ejemplo el considerando 10 del Reglamento 655/2014, relativo a la orden europea de retención de cuentas aludido, según el cual “a los efectos del presente Reglamento, debe considerarse que existe un asunto transfronterizo cuando el órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud de orden de retención se encuentre en un Estado miembro y la cuenta bancaria afectada por dicha orden se tenga en otro Estado miembro”¹⁰⁶.

Otras normas en las que se definen los litigios transfronterizos son: por un lado, la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, en cuyo art. 2 expresamente se define que “un litigio transfronterizo es aquél en el que la parte que solicita la justicia gratuita en el contexto de la presente Directiva está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se halle el tribunal o en el que deba ejecutarse la resolución”¹⁰⁷; y la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en virtud de cuyo art. 2 se ofrece un criterio similar¹⁰⁸. Cuestión distinta es,

¹⁰⁶ Esta definición, finalmente adoptada, fue mucho más restrictiva que la propuesta por la Comisión Europea en su propuesta inicial de Reglamento de 25 de julio de 2011 (COM(2011) 445 final), visto en web el 4 de mayo de 2020 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0445&from=EN>. En su exposición de motivos se detallaba que “El instrumento se limita a las situaciones que tienen repercusión transfronteriza. La opción de definir estas situaciones de forma «negativa» se basa en el artículo 1 de la Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro”, plasmándose en su borrador de artículo 3 que “A efectos del presente Reglamento, se considerará que un asunto tiene repercusión transfronteriza salvo que el órgano jurisdiccional al que se solicita la OERC, todas las cuentas bancarias que deberán retenerse por la orden y las partes se encuentren o estén domiciliados en el mismo Estado miembro”. De este modo resulta bastante probable que, ante el temor de una impugnación del Reglamento por exceder del margen del propio art. 81-1 TFUE, fuese matizado restringiéndose la interpretación del ámbito. Es así que algunos autores han criticado que, al reducirse la propuesta original de la Comisión el Reglamento bien podría incorporarse al elenco de medidas en materia de justicia civil europea en gran parte no utilizadas, junto con el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía. Vid. CARTY, H. Y JAMES, S., «European Account Preservation Orders: must try harder», *Clifford Chance Briefing Note*, 2014, p. 1, edición online.

¹⁰⁷ Como apunta PRADO IRANZO, V. Y PASCUAL SERRATS, R., «Normas mínimas comunes sobre justicia gratuita», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volumen III*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 99, el número de litigios transfronterizos va aumentando y con ello las necesidades de asistencia jurídica gratuita debido al mayor número de gastos que conllevan.

¹⁰⁸ Art. 2: “litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que: a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o b) un tribunal dicte la mediación, c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1”, entendiéndose como domicilio el que resulte de aplicación de la ley del Estado miembro en el que tenga lugar la mediación, y respecto de las personas jurídicas, su domicilio sería el lugar en el que se encuentre la sede estatutaria, administrador central o centro de actividad principal. Vid.

como ha puesto de relieve la doctrina, que ocasionalmente los legisladores internos hayan aprovechado la transposición de la Directiva para regular mediaciones sin repercusión transfronteriza¹⁰⁹.

De todo lo anteriormente expuesto cabe deducirse que el término “repercusión transfronteriza”, si bien puede relajarse en función de su ámbito de aplicación material o personal bajo diferentes supuestos, habrá de limitarse o ceñirse a supuestos en los que se la normativa dictada a tenor de la competencia del art. 81 TFUE implique o previsiblemente pueda implicar la cooperación entre autoridades judiciales de distintos Estados miembros de la Unión. Pero en todo caso el ámbito de aplicación de la normativa dictada en base al art. 81 TFUE no podrá sobrepasar dicho límite, hasta el punto de regular cuestiones procesales que no alcancen a relaciones jurídicas de ámbito superior al de un Estado miembro de la Unión.

Igualmente puede interpretarse que un procedimiento judicial, aunque en su inicio no tenga repercusión transfronteriza, sí pueda adquirirla en el desarrollo del proceso (por la incorporación de alguna parte domiciliada en otro Estado miembro) o en alguna etapa posterior como la ejecución de la misma¹¹⁰.

La doctrina ha entendido que el énfasis en el carácter “transnacional” de los casos a los que se aplicará la Unión parece tranquilizar a los legisladores nacionales en el sentido de que Europa no invadirá el ámbito de la tutela jurisdiccional puramente interna. Pero en realidad el efecto armonizador de los procedimientos no puede limitarse

CALDERÓN CUADRADO, M. P. Y IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La mediación como «alternativa» a la jurisdicción», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen III*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 31-32.

¹⁰⁹ CUCARELLA GALIANA, L. A., «Espacio judicial europeo y resolución de controversias transfronterizas de derecho privado», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 191. Así ocurriría en Italia, con el Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010 y en España con la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Es lo que la doctrina ha denominado “atracción” del Derecho de la Unión, en virtud de la cual existe un fenómeno de arrastre de los Derechos procesales nacionales por parte del comunitario, que va más allá de las obligaciones impuestas por los Tratados, vid. BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 4, 2000 p. 726. No obstante, y como advierte GONZÁLEZ CANO, M. I., «La promoción de la mediación en el ámbito de la Unión Europea: la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 242, al tratarse la Directiva 2008/52 de una norma de mínimos, aun a pesar de la repercusión transfronteriza de su objeto nada impediría que los Estados apliquen sus disposiciones a procedimientos de mediación regulados por el Derecho interno.

¹¹⁰ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 859, quien señala a modo de ejemplo la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02 caso Owusu. El asunto derivaba de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 a un asunto de responsabilidad extracontractual en el que el demandante y el demandado estaban domiciliados en Reino Unido, pero que se preveía ejecutar en Jamaica. El TJUE entendió que el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que estén implicados varios Estados contratantes debido al fondo del asunto o al domicilio respectivo de las partes del litigio. El hecho de que estén implicados un Estado contratante y un Estado tercero, debido a que el demandante y uno de los demandados están domiciliados en el primer Estado, y a que los hechos controvertidos se han producido en el segundo Estado, también puede conferir carácter internacional a la relación jurídica de que se trate (p. 26 de Owusu).

únicamente al contexto transnacional, sino que termina por extenderse sobre cómo concebir, en todos los sentidos, la protección de los derechos¹¹¹.

De este modo cabría entenderse que la repercusión transfronteriza que se enuncia en el art. 81-1 TFUE se erige por su encaje en dicho artículo en un requisito material radical dirigido al legislador de la Unión y que habrá de repercutir necesariamente en la legislación que se derive de esta base jurídica.

De hecho, como se ha apuntado, el legislador nunca ha aceptado una interpretación expansiva de esta base jurídica por la repercusión transfronteriza de la competencia legislativa en relación con la cooperación procesal genérica del art. 81 TFUE¹¹².

En cualquier caso, la amplitud de las materias detalladas en el párrafo segundo del art. 81 podría sugerir al intérprete un margen de maniobra al legislador europeo, en tanto que podría resultar título habilitante para introducir reformas en los procesos civiles internos sin necesidad de una repercusión transfronteriza directa (por ejemplo, en el punto f al especificarse la “*compatibilidad de las normas de procedimiento civil*”). Se hace por tanto preciso el estudio pormenorizado de las cuestiones abordadas en el párrafo segundo.

4. Áreas de aproximación de las disposiciones legales en materia de cooperación judicial civil

El artículo 81-1, al final de su párrafo primero, establece que la cooperación acordada en virtud de tal artículo puede incluir “*la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*”.

Sin perjuicio del concepto de aproximación de disposiciones legales, que se abordará en futuros epígrafes, la doctrina recalca que tal tenor se insertó en el Tratado de Lisboa (no disponiendo el antiguo art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea una redacción similar con la consiguiente confusión que podía conllevar¹¹³) como respuesta

¹¹¹ BIAVATI, P., «I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi.», cit., p. 8.

¹¹² STORSKRUBB, E., «Civil justice. Constitutional and regulatory issues revisited», cit., pp. 323-324. Como indica HESS, B., «The State of the Civil Justice Union», cit., pp. 16-17, el fracaso del proyecto legislativo europeo en materia de proceso civil puede deberse a dos factores: por un lado, la limitación de la propia repercusión transfronteriza, cuya práctica es muy limitada en la generalidad de los tribunales civiles. Y de otro lado por la poca familiaridad de los tribunales internos con el Derecho de la Unión.

¹¹³ De hecho el autor citado abajo (WILDERSPIN) pone de relieve la existencia de un debate jurídico, anterior a la entrada en vigor de este tenor legislativo en el Tratado de Lisboa, que ponía de relieve que el artículo 65 b del Tratado CE, con la imprecisión de la expresión “promover la compatibilidad de” para adoptar medidas que funcionaran sobre la misma base que el Convenio de Bruselas, hacía necesario o bien recurrir al uso continuado de las convenciones y tratados internacionales (método intergubernamental) o al artículo

al cuestionamiento que habían surgido en conjunción con las iniciativas legislativas que establecían procedimientos uniformes que afectaban al Derecho procesal de los Estados Miembros. Si bien podría interpretarse como implícita la facultad de adoptar medidas de aproximación cuando los procedimientos uniformes resultasen necesarios para que el instrumento legislativo funcionara adecuadamente y pudiese atender a sus fines de Derecho primario (como el buen funcionamiento del mercado interior), con la nueva redacción se hace explícito que, cuando el logro de uno de los objetivos del artículo 81 del TFUE requiera cierto grado de aproximación de las leyes (como, por ejemplo, el establecimiento de un procedimiento uniforme o una norma que afecte al derecho procesal de un Estado Miembro) esto puede hacerse de conformidad con las bases de los Tratados¹¹⁴.

4.1 Matización del requisito de necesidad para el buen funcionamiento del mercado interior en la cooperación procesal civil.

El nuevo texto del art. 81-2 del TFUE introduce otra diferenciación significativa, el “*en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*” como base para matizar el requisito principal del art. 81 de la repercusión transfronteriza en relación a la materia armonizada bajo tenor de este artículo.

De hecho, la adición de las palabras “en particular” relaja en gran medida la estricta redacción del antiguo artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea, que no contenía esta calificación y por lo tanto exigía que toda medida adoptada fuese “necesaria” (bajo el tenor del propio artículo derogado) para el buen funcionamiento del mercado interior. De este modo los presupuestos anteriores para la armonización de la cooperación procesal civil eran mucho más estrictos que la base jurídica general de aproximación de legislaciones para el buen funcionamiento mercado interior (actuales artículos 114 y 115 TFUE) que exige tan solo que las medidas tengan por objeto (o que afecten directamente) el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. De este modo una lectura estricta del texto del artículo 65 CE habría puesto en duda y limitado la validez de las disposiciones de ciertas reglamentaciones en las que el vínculo con el mercado interior hubiese sido débil.

95 (actual art. 114 TFUE), relativa a la armonización del mercado interior. Aparte de que tal debate quedaría estéril a día de hoy por la propia reforma operada en el Tratado de Lisboa, en su momento no se materializó en el legislador de la Unión, que ha adoptó numerosas medidas en el marco del art. 65 del Tratado CE en su versión del Tratado de Ámsterdam, sin que se hubiese planteado ninguna objeción o impugnación en sede del TJUE por inadecuación de su base jurídica.

¹¹⁴ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 861.

A pesar de ello, en la práctica, sin embargo, el legislador interpretó esta condición con bastante flexibilidad¹¹⁵, pudiendo invocarse varios ejemplos. Una de las primeras manifestaciones de armonización en este sentido es el Reglamento n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Este Reglamento se limita a exponer, en su considerando primero, que la garantía de la libre circulación de personas precisa adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, siendo a su vez necesario para el buen funcionamiento del mercado interior. No pasa desapercibido que este Reglamento, armonizado en base a las normas de cooperación judicial en materia procesal civil, asimila la actuación legislativa en el marco de la cooperación judicial en materia civil al buen funcionamiento del mercado interior, sin argumentar separadamente los criterios de adecuación al establecimiento o funcionamiento del mercado interior (como detallaremos en futuros epígrafes).

Destaca el Reglamento n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. En el mismo expresamente se razona en sus considerandos 7 y 8 la necesidad de los Estados miembros de resolver el problema del cobro masivo de créditos no impugnados mediante un proceso monitorio simplificado, circunstancia dificultada por la variación del contenido de las normativas nacionales y los correspondientes procedimientos. Esta asimetría procesal provocaba que los procedimientos resultasen inadmisibles o impracticables en asuntos transfronterizos. Estos impedimentos para acceder a una justicia eficaz en asuntos transfronterizos y la distorsión en la competencia del mercado interior provocada, generadora de desequilibrios en el funcionamiento de los medios procesales puestos a disposición de los acreedores en diversos Estados miembros, fue interpretado por el legislador europeo como necesidad de una legislación comunitaria garantista de la igualdad de condiciones en toda la Unión Europea para acreedores y deudores¹¹⁶.

En un sentido similar el Reglamento n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía se limita a referenciar de forma genérica en su considerando séptimo la existencia de obstáculos para la obtención de sentencias rápidas y poco costosas en asuntos transfronterizos. De este modo, asimilando el razonamiento detallado en el Reglamento del proceso monitorio europeo, se pone de relieve que facilitar el acceso a la justicia es una forma de evitar la distorsión de la competencia en el mercado interior que generan

¹¹⁵ E igualmente la doctrina consideró que los arts. 61 y 65 del Tratado permitía igualmente la aproximación o armonización de las normas de los Estados miembros en materia de derecho procesal e internacional privado que no fuesen precisamente constitutivas del mercado interior. En todo caso se atribuiría una función de apoyo, aunque fuese indirecta, para el ejercicio de las libertades fundamentales y, por tanto, para el funcionamiento del mercado interior en su conjunto, interpretando la adecuación al mercado interior en sentido amplio. Vid. LEIBLE, S. Y STAUDINGER, A., «Article 65 of the EC Treaty in the EC System of Competencies», *The European Legal Forum*, 4, 2001, p. 229.

¹¹⁶ La jurisprudencia del TJUE, en casos como la Sentencia de 5 de noviembre de 2002, caso *Überseering*, interpreta que la protección de los intereses de los acreedores constituye una “razón imperiosa de interés general” (p. 92).

los desequilibrios de los medios procesales de que disponen los acreedores en los distintos Estados miembros. Por ello, en aplicación de los principios de simplicidad, rapidez y proporcionalidad respecto a los costes de tramitación de una demanda con arreglo se entiende colmado el requisito de necesidad para el buen funcionamiento del mercado interior.

Igualmente el Reglamento nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, justifica sucintamente que el buen funcionamiento del mercado interior exige mejorar y acelerar la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil a efectos de su notificación o traslado (considerando segundo).

De lo anterior puede desprenderse que en la práctica el legislador interpretó la condición con bastante flexibilidad. Como pone de relieve la doctrina, una lectura estricta del texto del artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea, base jurídica condicionante de los Reglamentos antes expuestos, habría puesto claramente en duda la validez de estas disposiciones legislativas en tanto que el vínculo con el funcionamiento con el mercado interior podía entenderse como débil¹¹⁷. En cualquier caso, de los anteriores reglamentos no se pretendió su anulación ante el TJUE.

Todo este razonamiento en la actual redacción del art. 81-2 dado por el Tratado de Lisboa pasa a ser más secundario, en tanto el enfoque flexible que se ha formalizado respecto a este precepto, pasando a ser optativa¹¹⁸ la persecución del fin de adecuación del buen funcionamiento del mercado interior en la normativa armonizada para la cooperación en materia civil.

4.2 Los objetivos garantizados por las medidas de aproximación de las legislaciones en la cooperación judicial civil.

El art. 81-2 TFUE enuncia una serie de objetivos en los que se define el alcance concreto del concepto “*cooperación judicial en materia civil*” que aparece en el frontispicio de este artículo. Al inicio de este párrafo se detalla que el legislador, a fin de

¹¹⁷ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 861.

¹¹⁸ KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», cit., p. 439, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa», cit., pp. 103-104.

aplicar el párrafo primero de dicho artículo, adoptará medidas encaminadas a garantizar una serie de objetivos.

La redacción de estas disposiciones debe contrastarse con la del antiguo artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea, que también definía el alcance de los objetivos. La doctrina interpreta que el artículo 65 del antiguo Tratado CE disponía que las medidas en esta esfera debían incluir un cierto número de cuestiones, pero que dado su tenor (“incluirán” en la versión en castellano del tratado, “include” en la versión en inglés y “visent entre autres” en francés) dejaba intuir que el listado era abierto, que esas materias eran sólo ejemplos y que los objetivos no enumerados explícitamente en el artículo 65 CE no estaban necesariamente excluidos, no siendo la lista exhaustiva. No obstante, la sustitución por la expresión en el artículo 81-2 del TFUE de “adoptarán (...) medidas para garantizar” podría interpretarse en el sentido de que las materias enumeradas en él son exhaustivas y que el concepto de cooperación judicial en materia civil no puede ser ampliado por el legislador, siendo por tanto un listado de *numerus clausus*. En sustento de esta razón se explicaría que en el art. 81-2 TFUE se enumeran más materias que en su versión anterior¹¹⁹.

Esta base jurídica ha favorecido la promulgación de diversos reglamentos de carácter general y aplicables de forma directa a los Estados miembros, de contenido procesal, y que se superpondrían a las legislaciones procesales de los Estados miembros¹²⁰.

El primer objetivo garantizado en el artículo es “el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución”.

El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales puede señalarse como una de las piedras angulares de la cooperación judicial en materia civil, aludido en los párrafos primero y segundo del art. 81, así como

¹¹⁹ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 862. Igual postura sostiene, KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», cit., p. 439, admitiendo que el catálogo del art. 81 pretende ser exhaustivo, si bien queda lejos de ser omnicompreensivo, en tanto que tampoco incluye un uso implícito de las competencias relativas al Derecho civil sustantivo. En sentido similar BASEDOW, que interpreta la competencia para legislar en materia procesal civil de forma amplia en cuanto a las materias conferidas a la Unión, vid. BASEDOW, J., «The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», cit., p. 707 y BASEDOW, J., «EC Regulations in European Private Law», en BASEDOW, J., MEIER, I., SCHNYDER, A., EINHORN, T. y GIRSBERGER, D. (coords.) *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Asser Press, 2000, pp. 20-21; o DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II)», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 61.

¹²⁰ HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», en CABRERA MERCADO, R., QUESADA LÓPEZ, P.M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, p. 54. Como señala el autor su regulación no es completa. Sería necesario que la legislación nacional de respuesta a las cuestiones que la norma supraestatal le remite y a aquellas otras que esta solo aborda de una forma genérica en cuestiones tales como la determinación del órgano competente, el procedimiento a seguir, el tipo de resolución que se ha de dictar, el régimen de recursos y de subsanación.

en el art. 67-4. De hecho, la mayoría de las medidas adoptadas en virtud de este artículo y su predecesor (art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea) tienen por objeto, directa o indirectamente, aplicar este principio¹²¹, al menos en lo que respecta a las sentencias judiciales. El objetivo final consistiría de este modo en permitir que las sentencias dictadas en un Estado miembro circulen libremente por toda la Unión, de modo que, en cada Estado miembro, una sentencia u otra resolución judicial o extrajudicial que emane de otro Estado miembro sea tratada, en la medida de lo posible, como si hubiera sido dictada en el Estado miembro de reconocimiento o ejecución.

Siendo el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales uno de los objetivos presentes en el art. 81, no puede pasar desapercibido al mismo tiempo la difícil coexistencia con el deber de protección de la tutela judicial que contiene el anteriormente descrito art. 67-4 TFUE, produciéndose en ocasiones una difícil tensión entre estos dos principios difícil de conciliar¹²².

¹²¹ A modo de ejemplo, como se ha mencionado anteriormente, el Reglamento n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, Reglamento n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o Reglamento n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

¹²² Como ejemplo la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 7 de julio de 2016, asunto C-70/15, caso Lebek. La problemática de dicho estribaba en el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en Francia en Polonia. En el procedimiento polaco de reconocimiento de la resolución se puso de relieve la vulneración del derecho de defensa del demandado, en tanto que el derecho francés no establecía un estándar mínimo de protección al demandante declarado en rebeldía, teniendo el mismo conocimiento de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de París cuando ya no era posible interponer recurso ordinario contra la misma. En interpretación del Reglamento n° 44/2001 el TJUE entendió, en relación a la notificación y traslado de documentos que, dado que bajo derecho francés el demandado tenía la posibilidad de solicitar que se restableciese su derecho a interponer un recurso ordinario, no cabía considerar que ya no podía ejercitar de manera efectiva el derecho de defensa (p. 45). En la sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca el caso Avotiņš contra Letonia (demanda 17502/07, Sentencia de la Gran Sala de 23 de mayo de 2016), en la que se entendió no vulnerado el art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) en relación a la ejecución en Letonia de una sentencia dictada en Chipre relativa al reintegro de una deuda. El demandado alegó que en el procedimiento chipriota no fue citado debidamente, no garantizándose su derecho de defensa lo que a juicio del mismo constituía una vulneración del orden público del Estado requerido. El TEDH entendió que el demandado tendría que haber recurrido la citación defectuosa del procedimiento interno en Chipre, siguiendo los cauces jurídico-procesales del Estado de origen, en lugar de alegar la vulneración de derechos en Letonia. Como comenta la doctrina, las normas contenidas en los instrumentos de la Unión sólo proporcionan el marco necesario para facilitar la circulación de las sentencias, pero esas sentencias siguen siendo (al menos en la etapa actual de la integración europea), el resultado de un orden jurídico-procesal nacional, ya que los procedimientos internos en materia civil y comercial se rigen por el derecho de la Unión sólo en grado muy limitado. Por ello, la obligación del Estado miembro destinatario de realizar una revisión de las sentencias extranjeras, a fin de evitar casos de protección manifiestamente deficientes con los derechos del CEDH no permite a los tribunales nacionales tratar las sentencias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea como sentencias nacionales, vid. BIAGIONI, G., «Avotiņš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights», *European Papers*, vol. 1, 2, 2016, pp. 593-594. No obstante, en algunos casos el TEDH ha interpretado la vulneración de otros derechos, como el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH en el caso Shaw contra Hungría de 26 de julio de 2011 (demanda 6457/09), al entender que precisamente Hungría no había cumplido con sus obligaciones derivadas del Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia

En esta tensión entre el principio de reconocimiento mutuo y el deber de protección de la tutela judicial efectiva no puede obviarse el llamado principio de confianza mutua entre Estados miembros, como promotor de la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores¹²³. Como sienta el Pleno del TJUE en su Dictamen 2/2013 de 18 de diciembre de 2014 (pp. 191-192) dicho principio obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho. Por ello habría de entenderse que, en la aplicación del Derecho de la Unión, los Estados están obligados a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales. Por ello, en virtud del principio de confianza mutua, quedaría prohibido (1) tanto la exigencia de un Estado miembro a otro de un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión como (2) la verificación de si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión (salvo en supuestos excepcionales)¹²⁴.

Llama la atención la diferencia y comparación entre el sistema supranacional de la Unión europeo y el interno de Estados Unidos, en el que imperaría la llamada cláusula de confianza plena o *Full Faith and Credit Clause* del art. IV secc. 1ª de la Constitución

matrimonial y de responsabilidad parental al negarse la autoridades judiciales de dicho país a restituir un menor a su padre en Francia en base al art. 11-3 de dicho Reglamento.

¹²³ Como aluden algunos autores, si bien el reconocimiento mutuo es condición necesaria para la libre circulación de sentencias civiles y la supresión del exequátur y las medidas intermedias, como contrapartida el ordenamiento jurídico-procesal de cada Estado miembro debe revestir de una alta calidad (sobre todo en lo que respecta a las garantías y estándares) y los Estados miembros deben poder confiar en esta calidad. De lo contrario se advierte el peligro de la producción de *forum shopping* o foros de conveniencia entre los distintos Estados de la Unión. Esta confianza podría aumentarse mediante el diálogo entre los tribunales de los distintos Estados (no sólo entre los superiores) o el favorecimiento del intercambio judicial y la formación común judicial. Vid. KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», cit., p. 440. Para otros autores, como CAMBIEN, N., «Mutual Recognition and Mutual Trust in the Internal Market», *European Papers*, vol. 2, 1, 2017, pp. 100-101, la confianza mutua no es un requisito previo para el funcionamiento del reconocimiento mutuo, sino una consecuencia que se impone a los Estados Miembros por la aplicación de ese principio. La aplicación del principio de reconocimiento mutuo requiere que los Estados Miembros confíen los unos en los otros, independientemente de las diferencias en sus respectivas legislaciones nacionales. La confianza mutua sería parte de un contexto más amplio que es necesario para tener un sistema de reconocimiento mutuo que funcione adecuadamente. De hecho, no tendría sentido exigir a un Estado miembro que reconociera sistemáticamente las decisiones y normas de otro Estado miembro si no confiara en la idoneidad del sistema jurídico de ese otro Estado miembro.

¹²⁴ Como ha criticado STORSKRUBB, E., «Civil justice. Constitutional and regulatory issues revisited», cit., p. 332, esta presunción debería ser refutable y la confianza mutua estar vinculada a la protección real y verdadera de los derechos fundamentales en el caso concreto. De lo contrario y como advierte la autora el sistema puede servir rápidamente para alimentar la desconfianza en lugar de la confianza. Lógicamente, la confianza mutua no se podría imponer de arriba abajo, ni por la fuerza. No obstante, es lógico que la confianza mutua y un reconocimiento mutuo serían de gran importancia para cualquier futura armonización del Derecho procesal civil. Por el contrario MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 19, 52, 2015, p. 849 considera la limitación del Dictamen como un obstáculo a la adhesión, dirigido a aislar hasta el extremo las peculiaridades del Derecho de la Unión, que revela en realidad una absoluta desconfianza.

de Estados Unidos, en virtud de la cual en cada Estado se dará plena fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los demás Estados¹²⁵.

La mayoría de los instrumentos adoptados sobre la base del artículo 81 del TFUE y sus preceptos jurídicos predecesores se han basado este apartado a), que debe considerarse parte de un conjunto con el apartado c), “la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción”. El Convenio de Bruselas de 1968 antes aludido tenía por objeto facilitar la libre circulación de sentencias y a tal fin, preveía un sistema de *exequátur* de las sentencias mucho más sencillo que el que había existido anteriormente en las legislaciones nacionales y los acuerdos internacionales.

Los instrumentos posteriores destinados a facilitar la libre circulación de las sentencias en materia civil (Reglamento n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, Reglamento n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012) o han adoptado este enfoque general o han ido más lejos al simplificar más el procedimiento de *exequátur* o tratando de suprimirlo¹²⁶. Estas medidas entrarían claramente en el ámbito de aplicación del punto 2 del artículo 81 del TFUE.

Y es que es preciso resaltar que, aunque el artículo 81-2 a) del TFUE concede una facultad al legislador europeo para adoptar medidas que garanticen el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las sentencias y otras decisiones, no especifica cómo debe hacerse. Uno de los temas controvertidos que acarrearía es el planteamiento de si deben exigirse medidas intermedias de reconocimiento de resoluciones entre Estados miembros (*exequátur*).

Es así que, en los puntos 33 y 34 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, expresamente se especifica que *“Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. (...) En materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución o sentencia en el Estado requerido. El primer paso ha de consistir en suprimir dichos procedimientos intermedios para los expedientes relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y para determinadas sentencias en el ámbito de*

¹²⁵ Como especifica la doctrina, los Tratados de la Unión no prevén actualmente un principio correspondiente a la cláusula de plena fe y crédito. Sin embargo, el objetivo de los esfuerzos de la Comunidad no es diferente del de los Estados Unidos. Vid. HAIBACH, G., «The Mutual Recognition of Decisions in Civil and Commercial Matters in the European Union in the Light of the Full Faith and Credit Clause of the U.S. Constitution», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 10, 3, 2003, p. 299.

¹²⁶ Como asevera, con carácter general, el art. 36-1 del Reglamento 1215/2012 antes comentado, *“las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno”*.

los litigios familiares (por ejemplo, demandas de pensión alimenticia y derechos de visita). De ese modo, dichas resoluciones se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Ello podría ir acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho procesal civil.”

De este modo no sólo se desprende una intención institucional de -bajo el paraguas de la cooperación judicial en materia civil- no sólo procederse a una reducción o abolición de las medidas intermedias de reconocimiento judicial entre Estados (para lograr la circulación de resoluciones judiciales y extrajudiciales intracomunitaria) sino del propio establecimiento de unas normas mínimas sobre determinados aspectos del Derecho procesal civil como fórmula para facilitar el objetivo de dicho reconocimiento automático.

Este reconocimiento mutuo se lograría mediante la técnica de promulgar normativa que, por una parte, contenga normas uniformes sobre cuestiones procesales (como en materia de litispendencia, o protección del demandado rebelde¹²⁷) y, por otra parte, el reconocimiento automático de las sentencias y un procedimiento simplificado de exequátur (o incluso ninguno) para la ejecución de las resoluciones¹²⁸.

Y es que, como se aduce, el espíritu esencial del reconocimiento mutuo estriba en el hecho de que las fronteras internas no puedan ser un obstáculo ni para la ejecución de resoluciones ni para la aplicación de nuevos procedimientos judiciales armonizados¹²⁹. Ahora bien, la necesidad de ejecutar resoluciones o establecer nuevos procedimientos debe ser igualmente respetuoso con los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, como requiere el propio art. 67-1 TFUE.

En el ámbito del derecho civil y mercantil ha sido más fácil lograr la abolición del exequátur que en el derecho de la familia. Esto ha ocurrido en las resoluciones judiciales y extrajudiciales que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012. El modelo de simplificación o supresión de las medidas intermedias es variable. En el Reglamento 1215/2012, si bien el exequátur ha sido oficialmente abolido (art. 36-1), las razones que un deudor de una sentencia podía haber invocado anteriormente en el Estado miembro requerido para oponerse al exequátur de un deudor de una sentencia extranjera en el régimen del Reglamento 1215/2012, pueden ser invocadas en la ejecución de la sentencia (arts. 45-51 del Reglamento)¹³⁰. En otros reglamentos sectoriales, que quedan fuera del ámbito de aplicación del reglamento

¹²⁷ Vid. a modo ejemplificativo el art. 45 del Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, conteniendo tales salvaguardias a la hora de solicitar la denegación del reconocimiento de resoluciones.

¹²⁸ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 863.

¹²⁹ KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», cit., p. 439.

¹³⁰ Como critica JIMENO BULNES, M., «La ejecución sin exequátur. La eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales en el ámbito europeo», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 285, si bien el exequátur se ha suprimido como procedimiento intermedio de homologación, todavía no se ha alcanzado, con el tenor del Reglamento 1215/2012 un reconocimiento o declaración de ejecutividad automático.

1215/2012, el modelo para la supresión o simplificación de las medidas intermedias puede ser variable¹³¹.

En el ámbito del derecho de familia la supresión de las medidas intermedias ha sido más difícil, manteniéndose en la mayoría de Reglamentos adoptados en la materia. Por ejemplo, en el Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (donde se exige en su art. 37 aportar copia de la resolución judicial que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad y certificado relativo a resoluciones en materia matrimonial conforme al Anexo); o los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, ambos de 24 de junio de 2016¹³² así como el Reglamento nº 650/2012 de sucesiones (art. 46-3 del Reglamento de sucesiones). El único ámbito del Derecho de familia en el que sí se han suprimido totalmente los procedimientos intermedios/exequatur sería en el marco del Reglamento 2201/2003, el derecho de visita a los hijos y la ejecución de las sentencias que anulan una decisión adoptada en virtud del art. 13 de la Convención de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores de 1980 de no restitución a un niño al Estado miembro del que ha sido sustraído (art. 11-6 del Reglamento). Destaca el hecho de que el art. 81-3 TFUE requiere que el procedimiento legislativo cuente con unanimidad del Consejo y ausencia de oposición de los parlamentos nacionales previamente comunicada, en lugar del resto de materias para las que se aplica el procedimiento legislativo ordinario, lo que en la práctica es interpretado como una posibilidad real de veto de los Parlamentos nacionales¹³³.

En tanto que el legislador de la Unión promulgue normas comunes sobre la jurisdicción civil internacional, siempre que formen parte integrante de un sistema destinado a garantizar el reconocimiento mutuo de las sentencias, el apartado a) sería lo suficientemente amplio como para abarcar dichas normas. En cualquier caso, la práctica legislativa de la Unión ha sido variable. Durante el periodo vigente tras el Tratado de Ámsterdam hasta el Tratado de Lisboa no se ha especificado qué puntos u objetivos del art. 65 del antiguo Tratado de la Comunidad Europea han servido de base jurídica concreta para al promulgar legislación en este ámbito (tendiéndose a la simple cita del art. 61-C del Tratado CE, complementado con el art. 67), en concreto de las resoluciones aludidas en el punto anterior. Tras el Tratado de Lisboa la práctica ha sido muy variable. Por ejemplo, el Reglamento 1215/2012 se enumera con precisión el art. 67-4 así como

¹³¹ Por ejemplo, el reconocimiento del procedimiento de insolvencia regulado en el art. 19 del Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Este tema fue legislado anteriormente a través del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

¹³² Por el que el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales en el primero, y por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas el segundo.

¹³³ Fue una de las conclusiones de reforma de los Tratados de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas celebrado los días 21 y 22 de junio de 2007, Referencia 11177/1/07 REV 1, p. 28. Vid. KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», cit., p. 439.

los encabezamientos del artículo 81-2 del TFUE (a), c) y e). Por su parte en el Reglamento n° 650/2012, de 4 de julio de 2012, de sucesiones, el legislador pasa a referirse simplemente y en términos generales, al artículo 81-2 del TFUE. A pesar de la imprecisión que supone esta práctica y su carácter azaroso, la doctrina entiende que nada obstaría a esta práctica legislativa¹³⁴, que conducirían una interpretación más abierta o flexible de la amplitud del art. 81-2 como base jurídica a pesar de su carácter tasado.

El art. 81-2 b) incluye dentro de los objetivos “la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales”. Este objetivo recoge una materia ya armonizada en el Reglamento n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que desplazaría al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965¹³⁵. Como se ha hecho referencia anteriormente, el objetivo de este Reglamento es mejorar y acelerar la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales, creando estándares para determinar la incomparecencia del demandado (art. 19 del Reglamento).

Otro de los objetivos incluidos en el art. 81 sería el del punto c), “la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción”, donde la Unión ha materializado una rica normativa al respecto¹³⁶; o el punto d) “la cooperación en la obtención de pruebas”, desarrollado a través del Reglamento n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención

¹³⁴ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 863.

¹³⁵ Y anteriormente en el Reglamento n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. La importancia del Reglamento radicaría en la necesidad de que para el buen funcionamiento del mercado interior y desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se imprimiera rapidez, seguridad y eficacia en las operaciones comerciales y contratos realizados a nivel transfronterizo, vid. AGUILERA MORALES, M. Y CUBILLO LÓPEZ, I., «Transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación y traslado», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (coords.) *Derecho procesal civil europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 176.

¹³⁶ En este caso la Unión ha desarrollado varios instrumentos al respecto. Por un lado ha creado reglamentos específicos, que se ocupan únicamente de las cuestiones de derecho aplicable como el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); o el Reglamento n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. En otras ocasiones la Unión ha incluido una sección del derecho aplicable en un reglamento que trata de un tema particular, como el Reglamento 650/2012 de sucesiones o el Reglamento 2016/1103 sobre reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. O igualmente a través de la incorporación por referencia de las normas de un convenio internacional en el que la Unión es parte, como en el anteriormente aludido Reglamento n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en cuyo art. 61 se remite al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; así como la Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006 sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2006/719/CE).

de pruebas en materia civil o mercantil¹³⁷. Esta norma prevé dos vías principales para la obtención de la prueba: por un lado que el órgano jurisdiccional requirente ejecute su solicitud de acuerdo con alguno de los procedimientos previstos en el Derecho de su propio Estado miembro (art. 10-3 del Reglamento) o bien que el órgano jurisdiccional solicite obtener pruebas directamente en otro Estado miembro (art. 17 de Reglamento)¹³⁸.

En este grupo de objetivos destacaría igualmente el art. 81-2 f), que comprendería “la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.

Como se ha hecho alusión más arriba, y señalaban las propias conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, el objetivo fundamental de la cooperación judicial en materia procesal civil es el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales dictadas entre los Estados miembros de la Unión, cuestión ya señalada en el objetivo a) del art. 81 y que supondría una facultad lo suficientemente amplia al legislador de la Unión para exigir modificaciones de las normas de proceso civil de los Estados.

Dicho de otro modo, la abolición, supresión o limitación del exequátur o medidas intermedias entre los Estados miembros de la Unión para ejecutar una resolución judicial o extrajudicial entre los Estados requeriría unas garantías procesales comunes que respeten la garantía de tutela judicial efectiva requerida en el art. 67-4 TFUE así como del art. 47 de la CDFUE¹³⁹.

De este modo el objetivo f) adquiriría una especial relevancia cuando el instrumento adoptado en el seno de la Unión requiere el establecimiento de un procedimiento totalmente nuevo. Es así que esta base jurídica se ha invocado en varios instrumentos cuyo principal objetivo consiste en establecer normas armonizadas de procedimiento civil en los Estados Miembros, y en particular de un procedimiento *ex novo* (como el Reglamento 1896/2006, por el que se establece el proceso monitorio europeo, el Reglamento 861/2007 por el que se establece el proceso europeo de escasa cuantía y, más recientemente, el Reglamento 655/2014 por el que se establece el procedimiento de la orden europea de retención de cuentas, que expresamente invoca esta base). El recurso a este objetivo se vería reforzado por el expreso reconocimiento tras el Tratado de Lisboa de adoptar medidas de aproximación de las leyes y reglamentos de los Estados Miembros.

Pero en cualquier caso es preciso resaltar que, como sostiene la doctrina (WILDERSPIN), el alcance del objetivo de esta base jurídica se ve notablemente restringido por la limitación general del ámbito de aplicación del artículo 81; y en particular por la

¹³⁷ Que se edifica sobre Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil y lo desplaza en su aplicación intracomunitaria.

¹³⁸ KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», cit., p. 441.

¹³⁹ En tal sentido vid. DONDI, A., «In tema di riforme e garanzie del processo civile. Questioni rilevanti in prospettiva europea», *Il giusto processo civile*, vol. 2, 2010, p. 555 y ss.

circunstancia antes analizada de que los asuntos civiles han de tener repercusión transfronteriza. Por lo tanto, se advierte de que esta base no puede utilizarse para lograr una armonización general de las normas de Derecho procesal de los Estados Miembros¹⁴⁰.

Respecto a la creación de estándares mínimos en el proceso civil de los Estados, hasta la fecha el único texto que expresamente ha abordado la cuestión ha sido la anteriormente referida Directiva 2002/8/CE, de 27 de enero de 2003, en lo que respecta al establecimiento de reglas mínimas comunes en materia de justicia gratuita. Con vocación más generalista destacamos la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea (2015/2084 INL), que a fecha de redacción del presente trabajo no se ha materializado en ninguna disposición normativa concreta.

Hasta este extremo se incluirían los objetivos del art. 81-2 TFUE, que se subsumirían en la categorización tradicional de cooperación judicial internacional de Derecho internacional privado, y se recogían ya en el art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea.

De este modo el Tratado de Lisboa amplió el catálogo de esta base jurídica, incluyendo objetivos que podrían conducir al intérprete a considerar que la Unión pretende ampliar su horizonte más allá de los estándares del Derecho procesal internacional privado, buscando sentar las bases de un verdadero Derecho procesal civil europeo.

El primero de estos objetivos es el contenido en su letra e), “una tutela judicial efectiva”, en su versión original en inglés “*effective access to justice*”. Este objetivo ha sido tachado de superfluo por los tratadistas, en tanto que el art. 67-4 establece el objetivo de facilitar la tutela judicial en la regulación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹⁴¹. Podría interpretarse que la alusión a la tutela judicial efectiva, en tanto que requisito básico del Estado de Derecho, es instituido entre los objetivos del art. 81-2 TFUE como un intento de reforzar su papel como criterio inspirador de la normativa procesal armonizada en el marco de esta base jurídica.

Una de las primeras regulaciones que han seguido el criterio de tutela judicial efectiva ha sido la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios¹⁴². El espíritu de esta Directiva estriba en que las situaciones financieras personales de los ciudadanos de la Unión no puedan impedir el acceso a los litigios transfronterizos comprendidos en el art. 2 de la misma.

¹⁴⁰ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 866.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 866.

¹⁴² Transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en cuya disposición final tercera se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Otra de las normativas que expresamente ha invocado este objetivo de tutela judicial efectiva es el Reglamento 655/2014, relativo a la orden europea de retención de cuentas. En su considerando 30 se afirma que la norma “*debe proteger el derecho del deudor a un juez imparcial, así como su derecho a una tutela judicial efectiva y permitirle, por consiguiente, habida cuenta del carácter no contradictorio del procedimiento por el que se dicta la orden de retención, impugnar la orden o sus medidas de ejecución, por los motivos contemplados en el presente Reglamento, inmediatamente después de la cumplimentación de la orden*”. A tal efecto se señala el propio apartado e) del art. 81-2 como base jurídica oportuna.

Otro objetivo introducido con el Tratado de Lisboa es el punto g), “el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios”. Por ahora el único texto que se ha armonizado bajo esta base jurídica ha sido la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁴³. En su art. 1-1 se establece que el objetivo de esta Directiva es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, en concreto fomentando la resolución amistosa de litigios mediante la promoción del uso de la mediación. En cualquier caso, en el párrafo 2º de este artículo el ámbito de aplicación se limita a su aplicación a litigios transfronterizos en los asuntos civiles y mercantiles.

Suponiendo la repercusión trasfronteriza un claro coto a la promoción de medios alternativos para la resolución de conflictos, la actividad legislativa de la Unión se ha reconducido a otra base jurídica diferente: la aproximación de las legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior del actual art. 114 TFEU, en concreto bajo la esfera del derecho del consumidor. La consecuencia sería que, si bien tales medidas se limitarían a las controversias que afectan a los consumidores, no requerirían por el contrario que la controversia tuviese repercusión transfronteriza en su aplicación¹⁴⁴, pudiéndose lograr un mayor ámbito de aplicación práctico¹⁴⁵.

En esta línea se incorporaría, por un lado, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo¹⁴⁶, armonizada bajo el art. 114 TFUE. Esta intención de

¹⁴³ Que se conforma como norma de mínimos haciendo especial hincapié en el favorecimiento del uso de mediación por los Estados y su compatibilidad con los procesos civiles, vid. CABRERA MERCADO, R. Y LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., *La mediación civil, mercantil y concursal*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 16.

¹⁴⁴ WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», cit., p. 867.

¹⁴⁵ En cualquier caso se critica que la referida Directiva no aborda algunas de las cuestiones cruciales para establecer una relación sólida entre la mediación y los procedimientos judiciales. Vid. KNÖTZL, B. Y ZACH, E., «Taking the Best from Mediation Regulations The EC Mediation Directive and the Austrian Mediation Act», *Arbitration International*, vol. 23, 4, 2007, p. 685.

¹⁴⁶ CONDE FUENTES, J., «La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 308 y ss., SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*,

aspirar a un ámbito de aplicación superior se recalca en el considerando 7 de la Directiva 2013/11, según la cual “*para que los consumidores puedan aprovechar plenamente el potencial del mercado interior, es necesario que la resolución alternativa pueda aplicarse a todos los tipos de litigios, nacionales y transfronterizos, incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva*”¹⁴⁷.

Igualmente destacaría el Reglamento nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, cuya base jurídica igualmente es el art. 114 TFUE, en cuyo considerando 11 se vuelve a manifestar el espíritu de amplitud del ámbito de aplicación de la Directiva 2013/11: “*Aunque los principales beneficiarios de la plataforma de resolución de litigios en línea sean concretamente los consumidores y los comerciantes que efectúen operaciones transfronterizas en línea, el presente Reglamento debe aplicarse también a las transacciones nacionales en línea, con el fin de garantizar unas condiciones equitativas efectivas en materia de comercio electrónico*”.

La normativa armonizadora de la mediación constituye un claro ejemplo de los límites impuestos por el requisito de la repercusión transfronteriza del art. 81, que obliga al legislador de la Unión a reconducir su regulación a través de dos actos legislativos marcados por dos bases jurídicas diferentes, en pos de intentar que su normativa procesal adquiriera una mayor vinculación en los ordenamientos internos.

Es por ello que la doctrina ha evidenciado, con carácter general, que la repercusión transfronteriza ha creado dos sistemas paralelos con los consiguientes problemas prácticos a nivel nacional, causando retrasos y confusión, lo que podría paliarse a través de desarrollo flexible de normas de procedimiento comunes y la importancia de desarrollar simultáneamente una cultura y una educación jurídicas comunes¹⁴⁸.

El último objetivo del art. 81-2 es “el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”, que a fecha de redacción del presente trabajo no ha servido de base jurídica para ningún tipo de legislación¹⁴⁹.

Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 534 y ss., VALIÑO CES, A., «La mediación en consumo y la adaptación al Derecho procesal español de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 546 y ss.

¹⁴⁷ Como recalca la doctrina, la Comisión observó que la situación de la solución alternativa de controversias en la Unión Europea presentaba deficiencias que obstaculizaban su eficacia, en particular las lagunas en la cobertura de la solución alternativa de controversias, el escaso conocimiento y calidad variada de los planes de solución alternativa de controversias (lo que llevaron a la búsqueda de la nueva base jurídica. De forma similar se observó que el desarrollo insuficiente y fragmentado de las ADR en la Unión no cumplía los requisitos del mercado internacional y que era necesario un sistema nacional de ADR que funcionara bien para desarrollar una ADR eficiente y eficaz para las controversias. Vid. STORSKRUBB, E., «Civil justice. Constitutional and regulatory issues revisited», cit., pp. 316-317.

¹⁴⁸ STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, cit., p. 307.

¹⁴⁹ Pudiéndose no obstante resaltar la creación de la Red Europea de Formación Judicial (REFJ), que integra a las Escuelas Judiciales y organismos responsables de la formación de los jueces en los Estados miembros de la Unión. Esta Red está constituida como asociación internacional en Bélgica y se rige por una Carta fundacional adoptada en Burdeos el 13 de octubre de 2000, revisada en Copenhague el 6 de diciembre de

5. Especificidades del Derecho secundario para la competencia judicial en materia de derechos reales inmobiliarios, y en especial de la hipoteca

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es preciso delimitar si en el Derecho secundario legislado en base a la base jurídica del art. 81 TFUE, teniendo como fundamento jurídico esencial los preceptos relativos a la cooperación judicial en materia civil, se ha matizado alguna especificación concreta en lo referente a la sustanciación de procedimientos judiciales que tengan por objeto la sustanciación de materias relacionadas con los Derechos reales inmobiliarios de los Estados.

En este sentido es preciso recurrir al ya citado Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que a su vez sucede al Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Como declara el considerando 4º del Reglamento 1215/2012, el objeto esencial del mismo es unificar las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil¹⁵⁰, para garantizar un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro, todo ello en pos de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior.

En el contexto de la regulación de sus normas de competencia internacional, destaca el catálogo de fueros imperativos o competencia exclusiva contenido en su art. 24. En concreto el art. 24-1 establece que “*Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación: 1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito*”. Esta competencia exclusiva ya estaba presente en el art. 16 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como en el art. 22-1 del Reglamento 44/2001.

2002 y en Ljubljana los días 23 y 24 de junio de 2008. Los organismos de la Unión y en concreto la Comisión han cooperado con el programa Aiakos, dirigido a jueces y fiscales en el periodo inicial de su carrera, dándoles la oportunidad de conocer otros sistemas judiciales, así como mejorar su conocimiento de la legislación de la Unión Europea y de los instrumentos de cooperación judicial europeo. Visto en web en <http://www.ejtn.eu/Exchange-Programme/Activities/AIAKOS-Programme/> el 4 de mayo de 2020.

¹⁵⁰ Exceptuando las materias exceptuadas por el art. 1-2 del Reglamento.

A pesar de la amplitud del término “derechos reales inmobiliarios” la doctrina considera que por regla general el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta este concepto de manera estricta o restrictiva¹⁵¹.

La competencia exclusiva del art. 24 se vería complementada por la competencia especial del art. 8-4 del Reglamento, en virtud del cual una persona domiciliada en un Estado miembro puede igualmente ser demandada ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que esté sito el inmueble, siempre en materia contractual la acción pueda acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado. Este complemento que establece el art. 8-4 se condicionaría, *sine qua non*, a la posibilidad de acumular la acción contractual al derecho real inmobiliario debatido.

Puesto que el concepto de “derechos reales inmobiliarios” puede gozar de gran amplitud en función de los respectivos ordenamientos jurídicos internos del Estado, el propio TJUE ha admitido la necesidad de que a nivel de Derecho de la Unión se determine de manera autónoma el sentido de la expresión “en materia de derechos reales inmobiliarios” a los efectos de determinar dicha competencia exclusiva. Esto se debería a la necesidad de garantizar la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que, para los Estados contratantes y las personas interesadas derivadas de propio Derecho de la Unión, como apostilla el propio TJUE en el p. 8 de su Sentencia de la Sala Quinta de 10 de enero de 1990, asunto C-115/88, caso Reichert and Kockler.

Dado lo expuesto, el TJUE en Reichter determinó que el análogo al actual art. 24 del Reglamento 1214/2012 debía interpretarse en el sentido de que la competencia exclusiva de los Tribunales del Estado donde el inmueble se halle sito no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino tan solo aquellas que se incluyan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, esto es que estén destinadas a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble, o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes, así como

¹⁵¹ HARTLEY, T., *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials*, 2º, Cambridge University Press, 2015, p. 87. Este autor pone como ejemplo la Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 1977, asunto C-73/77, caso Sanders versus Van der Putte. En el mismo se interpreta que un contrato de venta de un negocio minorista no estaría cubierto dentro del concepto de “arrendamientos de inmuebles” de los derechos reales inmobiliarios del tenor del Convenio comunitario, incluso si el sobrecargo aceptara pagar el alquiler del local en el que el negocio operaba en tanto que la existencia o interpretación de los arrendamientos de inmuebles recaía en la competencia exclusiva de los tribunales donde estuviese sito el inmueble (p. 15). Incluso materias que *a priori* podrían resultar diáfanas en su encaje en el concepto de Derechos reales inmobiliarios tales como la obligación de pago derivada de un acuerdo de la junta general de propietarios de un inmueble en régimen de propiedad horizontal no ha sido considerado como tal, sino como contrato de prestación de servicios en tanto que supone que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración (como se verá al hilo de la libre prestación de servicios) y por lo tanto sería una acción personal, en la tónica del p. 42 de la Sentencia de la Sala Primera de 8 de mayo de 2019, asunto C-25/18, caso Kerr. De hecho, como sostiene la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 10 de julio de 2019 en su p. 38, a la que posteriormente se aludirá, esta norma específica de competencia debe interpretarse estrictamente. En similar línea CEDEÑO HERNÁN, M., «Los fueros exclusivos de competencia internacional (art. 22 RB)», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 195.

a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos.

En el caso Reichter se puso en tela de juicio la inclusión de la acción pauliana tal y como se configuraba en Derecho francés. En este sentido el TJUE entendió en su p. 12 que dicha acción tenía una naturaleza personal, y no real, en tanto que tenía por objeto proteger la garantía que el patrimonio del segundo deudor podía suponer para el primero. En ese sentido el examen de dicha acción no requería apreciación de los hechos ni aplicación de las normas relativas a los Derechos reales inmobiliarios del lugar en el que estuviese sito el bien. Y ni tan siquiera el acceso de las resoluciones judiciales derivadas de dicha acción a la publicidad registral podría cambiar tal naturaleza, de tal manera que se entendió que la acción pauliana no se encontraba comprendida en dicho ámbito de aplicación.

Es decir, el concepto de Derechos reales inmobiliarios definido en el Derecho de la Unión no coincidirá necesariamente con los Derechos reales inmobiliarios definidos en los ordenamientos internos de los estados, siempre en pos de ofrecer una interpretación homogénea del derecho secundario europeo.

El matiz introducido con el caso Reichter debe llevar a la necesaria diferenciación entre lo que se considera como un derecho real y un derecho personal a los efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión. En este sentido y tal y como establece el p. 15 de la Sentencia del TJUE de 17 de mayo de 1994, asunto C-294/92, caso Webb, es que la prerrogativa que se tiene en relación con el inmueble sea oponible frente a todos o *erga omnes*, y no frente a una persona en particular. Y todo ello con independencia de la naturaleza inmobiliaria que tenga el bien o el hecho de que la acción pueda individualizarse respecto a un bien inmueble concreto. En base a esta interpretación se llegó a la conclusión de que el derecho inglés de *trustee* no encajaba en el concepto de Derecho real inmobiliario europeo.

Esta interpretación se mantuvo en la Sentencia del TJUE de 9 de junio de 1994, asunto C-292/93, caso Lieber. En el mismo se debatía la competencia para conocer de la indemnización derivada del uso de un inmueble tras la anulación del contrato de compraventa del mismo. El TJUE entendió que no basta que la acción afecte a un derecho real inmobiliario o que tenga relación con un inmueble. La diferencia entre el derecho real y el personal radicaría en el hecho de que el real, por gravar un bien corporal, surte sus efectos con respecto a todos, mientras que el personal únicamente puede invocarse contra el deudor (p. 14 de Lieber)¹⁵². En esa tesitura se entendió que la indemnización

¹⁵² Esta diferenciación es asimilada en la jurisprudencia posterior, como el p. 17 del Auto de la Sala Sexta de 5 de abril de 2001, asunto C-518/99, caso Gaillard, o el p. 43 de la Sentencia de la Sala Tercera de 3 de abril de 2014, asunto C-438/12, caso Weber. En este caso se entendió que la impugnación de la validez de un derecho de adquisición preferente establecido en el Derecho alemán, al gravar un bien inmueble inscrito en el registro de la propiedad no sólo produce efectos frente al obligado, sino que garantizaría el derecho del titular de este derecho a la transmisión de la propiedad también frente a tercero, al producir efectos *erga omnes* encajaría dentro del concepto de derecho real inmobiliario y quedaría comprendido dentro del ámbito de la competencia exclusiva. Dentro de la misma tónica se ha admitido, igualmente, la disolución de la copropiedad sobre bienes inmuebles como acción subsumible en el concepto de Derecho real inmobiliario

derivada del uso de un inmueble sólo podía invocarse frente al deudor y por tanto era de naturaleza personal, y todo ello, aunque en el cálculo de la indemnización se aplicasen los principios reguladores del derecho de los arrendamientos de bienes inmuebles al no existir la relación propietario-arrendamiento (p. 20 de Lieber).

En el anterior caso Lieber (p. 14), así como en el Weber citado en pie de página (pp. 43 y ss.), el TFJUE se fundamenta en el Informe del Prof. SCHLOSSER, firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978¹⁵³.

En el punto 166.a de su Informe, analizando los Derechos de los Estados Miembros a fecha de elaboración del informe, y tener en cuenta las distintas modalidades de transmisión de propiedad de bienes inmuebles presentes en los Estados miembros (el sistema alemán en el que se diferencia entre la transmisión de propiedad propiamente dicha y el contrato de compraventa, el francés en el que la propiedad se transmite en los bienes muebles y al menos inter partes, al comprador desde la celebración del contrato de compraventa y el inglés en el que el contrato de compraventa relativo a bienes inmuebles la tradición de la propiedad sigue al contrato de venta mediante el otorgamiento de acta aparte o *conveyance*) y sus claras divergencias extracta que el derecho personal únicamente podrá invocarse contra el deudor, mientras que el real que grava un bien corporal surte sus efectos con respecto a todos.

En cualquier caso, en palabras de Schlosser la consecuencia jurídica esencial que caracteriza al derecho real frente al personal sería la facultad que su titular tiene para reclamar el bien gravado con ese derecho a toda persona que no posea un derecho real de rango superior.

Atendiendo a esta opinión doctrinal, naturalizada por la jurisprudencia del TJUE la existencia o no de un órgano de registro público¹⁵⁴ (equivalente al registro de la

européa (p. 28 de la Sentencia de la Sala Séptima del TJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-605/14). Más recientemente, el abogado general Maciej Szpunar en el p. 70 de sus conclusiones de 18 de junio de 2020 al asunto C-433/19, caso Ellmes Property Services ha concluido que la demanda de un propietario en régimen de propiedad horizontal por la que se pretende el cese del uso de un apartamento con fines turísticos por parte de otro propietario (por el motivo de que dicho uso no se corresponde con el acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios), sólo estaría comprendida en el ámbito de aplicación del art. 24 del Reglamento si esta disposición si este uso puede invocarse también frente a toda persona que no sea parte en dichos estatutos (pues de lo contrario cabría interpretarse que la acción es de naturaleza personal a efectos del Derecho de la Unión).

¹⁵³ Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (90/C 189/10, firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978) elaborado por el profesor Dr. P. Schlosser. Publicado originalmente en el DOCE n° C-59 Volumen 22 de 5 de marzo de 1979, y en castellano en DOCE n° C-189, de 28 de julio de 1990.

¹⁵⁴ La doctrina pone de relieve que en los sistemas registrales de los Estados de la Unión existen diversas convergencias y divergencias. Entre las divergencias estarían el establecimiento de la inscripción como constitutiva, voluntaria u obligatoria. Igualmente los diferentes efectos dados al acceso a la información del registro (publicidad formal) así como los efectos de la información registral (publicidad material). La convergencia se produciría en los derechos reales susceptibles de inscripción, en especial por las exigencias derivadas de las libertades fundamentales así como de los derechos subjetivos derivados del Derecho de consumo (como el aprovechamiento por turnos). Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., «Los sistemas registrales en

propiedad español) sería un factor que, si bien constituiría una prueba del carácter *erga omnes* del derecho inmobiliario en cuestión y su oponibilidad frente a todos, no sería tanto un factor decisivo para determinar si a los efectos del Derecho europeo del Reglamento 1215/2012 una acción es personal o real (incluyéndose en el último caso en la competencia exclusiva del art. 24). Lo verdaderamente importante a los efectos del Derecho de la Unión sería si cualquier persona puede accionar contra el titular del derecho o no por tener otro derecho de rango superior. Y ello con independencia del valor que el Estado miembro en cuestión pueda atribuir a la inscripción de dicho derecho en un registro público determinado y la publicidad que se derivaría de la misma.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, procede estudiar la jurisprudencia del TJUE en relación al derecho de hipoteca y su ejecución.

En relación al derecho de hipoteca destaca la Sentencia de la Sala Segunda de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, caso Milivojević. En el mismo una ciudadana croata pretende la declaración de nulidad de un contrato de hipoteca de un inmueble sito en Croacia derivado de un contrato firmado en Austria siendo prestamista una sociedad anónima austriaca no autorizada para otorgar contratos de crédito a efectos del derecho croata (pretendida causa de nulidad).

En este caso el TJUE analiza la adecuación al concepto de “derecho real inmobiliario” del Reglamento 1215/2012 de las diferentes acciones que pueden derivarse del derecho real de hipoteca, adquiriendo importantes matices.

Por un lado, respecto a la acción de nulidad del contrato de préstamo en cuestión y de la escritura notarial de constitución de una hipoteca, el TJUE considera que se basa en un derecho personal que solo puede invocarse contra el demandado (p. 101 de Milivojević), no pudiendo la acción de nulidad incluirse en el ámbito de aplicación de la competencia exclusiva.

Tal opinión será diferente cuando la pretensión sea tendente a cancelar la inscripción de una hipoteca en el Registro de la Propiedad. El TJUE admite que la hipoteca, una vez que se ha constituido debidamente conforme a las normas formales y sustantivas establecidas por la normativa nacional en la materia, se trata de un derecho real que produce efectos *erga omnes*, que sí sería subsumible en la competencia exclusiva en tanto a que su fin sería la protección de las prerrogativas derivadas de un derecho real (p. 102 de Milivojević).

Ello no quita que, si se pretende la declaración de nulidad del contrato de préstamo puedan acumularse a la cancelación de la escritura de constitución de hipoteca de conformidad al art. 8-4 del Reglamento 1215/2012, siempre que las pretensiones se dirijan contra el mismo demandado y puedan acumularse (p. 104 de Milivojević).

el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos», *Anuario de derecho civil*, vol. 57, 3, 2004, pp. 1000-1001.

Como se ha visto, el Derecho real de hipoteca puede llegar a adquirir diversas interpretaciones en función de la acción derivada del mismo y su posible oponibilidad *erga omnes*. De este modo, el procedimiento de ejecución judicial de la hipoteca tendrá una consideración jurídica compleja, dilucidada por el TJUE en su Sentencia de la Sala Primera de 10 de julio de 2019, asunto C-722/17, caso Reitbauer y otros.

El mencionado litigio derivaba del procedimiento judicial de ejecución de hipoteca en el que estaban involucrados nacionales y residentes italianos en relación con un inmueble sito en Austria. En el seno de esta ejecución sustanciada ante los tribunales austriacos hubo un incidente de derecho nacional austriaco cuya naturaleza se debatió tratarse estrictamente como incardinable en el concepto de Derecho real inmobiliario europeo o no. Tal era la oposición de disconformidad con el reparto del producto obtenido con la subasta judicial (destino del remanente). Y tal incidente se motivaba en tal caso bajo dos causas: (a) la compensación del crédito hipotecario con un derecho del deudor por daños y perjuicios, y (b) que la constitución de la garantía real era nula por favorecer a un determinado acreedor.

E igualmente se estudió el encaje en la competencia exclusiva del art. 24-5 del Reglamento 1215/2012, como es “*en materia de ejecución de las resoluciones judiciales, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de ejecución*”.

El TJUE admite (p. 41 de Reitbauer) que si bien es innegable que la acción¹⁵⁵ de oposición presenta una conexión con el procedimiento de ejecución relativo a la subasta forzosa de un bien inmueble, los motivos de oposición invocados en el marco de dicha acción pueden ser muy diversos en cuanto a su contenido y revestir así una naturaleza jurídica diferente. De esta forma a juicio del TJUE su proximidad con la ejecución forzosa o con los derechos reales inmobiliarios puede variar sustancialmente.

De esta forma el Tribunal de Justicia admite que la oposición a la ejecución contenida en el Derecho interno, dado su contenido declarativo (si bien a efectos de ejecución) reviste de una naturaleza jurídica diferente al procedimiento principal de ejecución (en el que los principios generales no son el contradictorio¹⁵⁶).

En primer lugar, se dilucidó el encaje del incidente de oposición en el concepto de “Derechos reales inmobiliarios” del art. 24-1 del Reglamento. En este caso el TJUE entró a valorar la naturaleza de las alegaciones debatidas en el incidente de oposición nacional. La primera alegación consistía en que se declarase que el crédito hipotecario había dejado de existir por haberse compensado, lo que suponía negar la existencia del crédito (p. 46 de Reitbauer). En esta tesitura se entendió que la existencia del crédito

¹⁵⁵ Así denominado en sede judicial europea de forma errónea al tratarse de un trámite de naturaleza incidental.

¹⁵⁶ Como especifica GUASP DELGADO, J., *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, Bosch, 1951 p. 65, en el proceso de ejecución hipotecaria no rige el principio de contradicción. Ello se debe a que en la ejecución judicial la idea esencial no es generar una convicción en el juez sobre los hechos que configuran el proceso, sino de actuar un contenido de voluntad. Cuestión distinta es que la oposición en sí misma constituya una *cognitio* que abra un periodo alegatorio en los términos de la propia normativa de ejecución.

sirvió de base para la constitución de la garantía real y su ejecución, pero la solicitud de compensación no se basaba en un derecho real (p. 47). Es decir, las alegaciones sobre la existencia o no del crédito del que deriva la ejecución son independientes de la garantía que preserva su cumplimiento y ejecución.

El TJUE se sostiene en su Sentencia de 4 de octubre de 2018, asunto C-337/17, caso Feniks, para concluir que el derecho de crédito se trata de un derecho personal del acreedor frente al deudor, y tiene por objeto proteger la garantía que el patrimonio del segundo puede suponer para el primero. Y por lo tanto la oposición no presupone una valoración vinculada estrictamente al lugar en que el inmueble esté situado y su subsunción en el concepto de Derechos reales inmobiliarios del Reglamento 1215/2012.

Cuestión distinta sería el encaje en la competencia exclusiva del art. 24-5 del Reglamento 1215/2012.

Es preciso delimitar que, con carácter general, el TJUE ha asimilado el hecho de que deben considerarse como “litigios relativos a la ejecución de las resoluciones” aquellos litigios a los que puede dar lugar el recurso a la fuerza, al apremio o a la desposesión de bienes muebles e inmuebles para garantizar la efectividad material de las resoluciones, de los actos, y que las dificultades originadas por estos procedimientos son competencia exclusiva del Tribunal del lugar de la ejecución (p. 27 de la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, caso Reichert). Bajo esta tónica no discutida (pero sí matizada) por el TJUE en el caso Reitbauer bajo el art. 24-5 del Reglamento 1215/2012 correspondería como competencia judicial exclusiva la del lugar en el que está ubicado el inmueble de cara al procedimiento de ejecución del mismo.

No obstante, el caso Reitbauer introduce un muy importante criterio matizador de la competencia funcional que se derivaría del procedimiento de ejecución judicial. Para la oposición a la ejecución el TJUE se orienta a otro fundamento jurídico diferente: resultaría de aplicación la competencia especial del art. 7-1 a del Reglamento 1215/2012, en virtud del cual una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda.

Es así que el TJUE asimila la oposición a la ejecución a una acción pauliana, en tanto a que se formula con el fin de que se declare ineficaz frente al acreedor hipotecario la garantía real constituida con los deudores hipotecarios con los que se tenía una relación de naturaleza contractual. Dada la naturaleza contractual del crédito inmobiliario del TJUE admite que el foro del domicilio del demandado podría completarse con el del art. 7-1 a del Reglamento 1215/2012 (p. 59). Y todo ello fundamentado en origen contractual del préstamo garantizado con hipoteca, así como a la exigencia de seguridad jurídica y de previsibilidad al objetivo de la buena administración de la justicia (p. 60).

De este modo el TJUE admite que para la oposición a la ejecución, los titulares de derechos de crédito derivados de un contrato pueden acudir al fuero de competencia del

art. 7-1 del Reglamento 1215/2012, cual es el lugar en el que debe cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda (préstamo garantizado con hipoteca) y no el lugar en el que esté sito el inmueble, no siendo competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre el inmueble ni de los órganos jurisdiccionales del lugar de ejecución forzosa.

Resulta ostensiblemente criticable el criterio sentado por el TJUE, en tanto que aun admitiéndose difícilmente que la oposición a la ejecución se asimila a una acción autónoma de naturaleza contractual (por la razón principal de que, aunque la oposición a la ejecución constituye un incidente declarativo, lo es a los solos efectos de la ejecución en sistemas como el del art. 561-1 de la LEC española), ello no quiere decir que el Derecho interno pueda permitir la sustanciación del incidente fuera del procedimiento principal.

En sistemas de ejecución como el nacional español, en el que la oposición a la ejecución es limitada, no se permite que la sustanciación de un incidente derivado de la ejecución sea resuelta por otro tribunal. Así lo establece el art. 61 de la LEC española, relativo a la competencia funcional: “*el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias*”. De esta forma, aun admitiéndose una naturaleza jurídica diferente de la oposición a la ejecución respecto al procedimiento de ejecución principal, con principios y tramitación diferente a los que resultaría de aplicación distintos preceptos del Reglamento 1215/2012, el derecho interno puede vedar la posibilidad de sustanciar el incidente de forma separada del procedimiento principal.

Es más, podría incluso criticarse que la decisión del TJUE en el caso *Reitbauer* es claramente *ultra vires* en tanto a que sobrepasa los límites para el conocimiento de resoluciones incidentales contenido en el Reglamento 1215/2012. Como establece el art. 36-3 del Reglamento, puede denegarse el reconocimiento de una resolución (cuyo concepto contenido en el art. 2-a es particularmente amplio¹⁵⁷) si se invoca como cuestión incidental de la que depende la conclusión de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. En tal caso, dicho órgano jurisdiccional (en el que se tramite el procedimiento principal) será competente para conocer de tal cuestión, con independencia del encaje del incidente por su naturaleza en un foro de competencia u otro del Reglamento.

¹⁵⁷ (...) “*cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso*”. Como señala la doctrina, el concepto autónomo de Resolución que recoge dicho texto ha de interpretarse en sentido amplio, en coherencia con el objetivo del Reglamento de facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales. Por ello la resolución no tiene por qué haber sido dictada por un juez sino que podría provenir de otros funcionarios de la oficina judicial. Vid. BACHMAIER WINTER, L. Y BANACLOCHE PALAO, J., «Reconocimiento y ejecución (I). Cuestiones generales. Procedimiento par la obtención del reconocimiento y el exequatur», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 346.

Resulta inadmisibile que admitiendo el propio Reglamento 1215/2012 en su art. 36-3 que el órgano que conozca del procedimiento principal también lo haga del incidente, difiera el TJUE el conocimiento de la oposición a la ejecución hipotecaria a un órgano que no sea aquel en el que se esté tramitando el procedimiento principal¹⁵⁸. Ponemos de relieve este hecho de cara al difícil encaje interpretativo que tiene la jurisprudencia que deriva de esta opinión del TJUE.

III. LA APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES QUE TENGAN POR OBJETO EL ESTABLECIMIENTO Y EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO INTERIOR

Lo anteriormente expuesto debe llevar a una conclusión: el marco de la Cooperación Judicial Civil en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia no constituye una base jurídica adecuada para la armonización procesal en materia civil en aquellos supuestos en los que el derecho armonizable no tenga repercusión transfronteriza a los efectos del art. 81 del TFUE.

De este modo habrá que valorar la posibilidad de acudir a otras bases jurídicas contenidas en los tratados, y de este modo el artículo 114 del TFUE, relativo a la armonización del mercado interior, se erige como otra posibilidad a tener en cuenta.

Es así que en el punto Q de la Propuesta sobre normas mínimas de procedimiento civil expresamente se establece que las disposiciones del artículo 114 del TFUE que tienen como objetivo crear un mercado interior que funcione se ha utilizado y continúa usándose como base jurídica para una amplia variedad de medidas sectoriales que armonizan determinados aspectos del procedimiento civil, como, por ejemplo, la Directiva 2004/48 de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual o la Directiva 2014/104 de 26 de noviembre de 2014 sobre daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia. Y en el punto 9 sobre la Propuesta de normas mínimas, se vuelve a insistir en la idea de que el artículo 114 ha servido de base

¹⁵⁸ Más allá de la lógica jurídica, expertos como SPARKES, P., *European Land Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 405, concuerdan en el hecho de que la jurisdicción y la ley aplicable del proceso de ejecución deba de ser la del lugar en el que esté sito el inmueble (como avalan los derechos internos y se analizará en el apartado correspondiente).

para adoptar varios actos de la Unión con implicaciones procesales; en especial respecto a medidas sectoriales que armonizan determinados aspectos del procedimiento civil.

Según el segundo párrafo del artículo 114-1, “*El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*”.

Este artículo es señalado como uno de los principales tendentes a la armonización del Derecho de la Unión en los Estados Miembros¹⁵⁹, y en concreto en lo referente a establecer el mercado interior y garantizar su funcionamiento como establece el propio art. 26 del TFUE, en pos de crear entre los Estados un espacio sin fronteras interiores, en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

De este modo el párrafo primero del art. 114 establece un concreto ámbito de aplicación: las disposiciones legales de los Estados Miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Este ámbito se limita en lo dispuesto en el párrafo segundo del precepto: la armonización por este cauce no resultará de aplicación a disposiciones fiscales, ni a disposiciones relativas a la libre circulación de personas, ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena (con otras bases jurídicas diferenciadas). Por otra parte en el párrafo tercero se establece un grupo de materias que no sólo se entienden expresamente incluidas, sino que para la legislación de las mismas la Unión se basará en un nivel de protección elevado¹⁶⁰, en el que el legislador habrá de tener en cuenta cualquier novedad basada en hechos científicos. Tales materias serían: salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores.

El tenor del precepto lleva a otro concepto como es el de “aproximación de disposiciones legales”, término empleado por el legislador comunitario igualmente en el art. 81 para la cooperación judicial en asuntos de repercusión transfronteriza. La posible ambigüedad de este término podría dar diferentes niveles de intensidad a la acción legislativa de la Unión en la materia objeto de estudio.

La amplitud de este precepto ha sido criticada, en tanto que puede desdibujar o no deslindar con claridad el reparto de competencias establecido entre la Unión y los Estados Miembros, arrojándose la Unión competencias que residenciarían en los Estados.

¹⁵⁹ KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 1236.

¹⁶⁰ En este sentido, resalto lo ya expuesto en relación al orden público comunitario, en el que la materia considerada como tal se entiende que sirve a un objetivo fundamental del ordenamiento jurídico comunitario y debe jugar un papel significativo en el logro de ese objetivo. En tal caso la norma considerada de orden público comunitario resulta esencial e indispensable para el cumplimiento de los fines de la Unión, y se le atribuye un carácter imperativo que justificaría la apreciación de oficio del juez nacional. Vid. QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, Madrid, Iustel, 2019, p. 165 y ss.

No en vano y como resalta la doctrina especializada, la Unión Europea es una organización internacional que nace para lograr objetivos concretos y se le dota de competencias para dichos objetivos (finalidad funcional, que se entiende limitada a dichos objetivos) mientras que los Estados tienen poderes y fines generales, siendo los objetivos abstractos (finalidad integral o amplia)¹⁶¹. Como ejemplo de lo expuesto, en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 (SN 300/1/01 REV 1) se advierte que el reparto de competencias no puede llevar a una ampliación furtiva de las competencias de la Unión o a un asalto a las competencias exclusivas de los Estados miembros¹⁶².

Se hace imprescindible, de este modo, delimitar el contenido y alcance de este precepto para dar cuenta del margen de maniobrabilidad de la Unión en materia procesal, e igualmente del tenor de aproximación de disposiciones legales.

1. La aproximación de disposiciones legales nacionales y los diversos niveles de integración jurídica legislativa europea

La consolidación de un Derecho de la Unión Europea en sede supranacional puede llevar a emplear diferentes términos, cuya diferenciación se hace imprescindible para entender la dimensión competencial sentada en los Tratados de Derecho primario. Por lo tanto, se hace preciso aclarar el significado de la expresión “aproximación de disposiciones legales de los Estados miembros” para arrojar luz sobre su significado y evitar ambigüedades que podrían distorsionar el alcance de la Unión en su actividad legislativa.

La idea general estribaría en unificar los diferentes Derechos nacionales en un sentido determinado, pero la intensidad de dicha unificación podría adquirir diversos matices de interpretación, desde suavizar las diversas discrepancias existentes en los Derechos nacionales hasta crear una legislación codificada, propia y directamente aplicable en los ordenamientos internos.

Es lo que la doctrina denomina integración jurídica de la Unión. Los autores tienden a clasificar diferentes escalas. Como ejemplo MOLINA DEL POZO, quien sostiene

¹⁶¹ MANGAS MARTÍN, A., «La competencias de la Unión Europea», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. (coords.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8, Madrid, Tecnos, 2014, p. 71.

¹⁶² Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001, p. 22.

que la integración se diferenciaría entre coordinación, armonización, aproximación y en último grado la unificación como máxima expresión. Este proceso podría resumirse en tres conceptos: la aproximación legislativa, la armonización legislativa y la uniformización o unificación¹⁶³.

Para el anterior autor, aunque las instituciones de la Unión tienen otros mecanismos de integración legislativa, como podría ser el establecimiento o adopción de criterios jurídicos rectores sin intervenir (al menos directamente) en los derechos internos¹⁶⁴, la armonización legislativa se erige como necesaria en tanto que se aporta una indudable seguridad jurídica. Seguridad jurídica que repercute, a nuestro juicio, no sólo en las obligaciones asumidas por los respectivos Estados miembros de la Unión sino en las relaciones entre particulares y en la aplicación del mismo derecho por los operadores jurídicos.

1.1 La aproximación legislativa

Como concepto general, la aproximación legislativa supondría un conjunto de acciones dirigidas a dar respuestas coordinadas y consensuadas ante problemas comunes, superando las disparidades y asimetrías de los respectivos derechos internos¹⁶⁵.

En un sentido técnico la idea de aproximación se basaría en combinar o asociar en virtud de analogías o relaciones. La conexión se realizaría cuando se examinan los vínculos que unen varias ideas, varios textos, varias instituciones, y también cuando de ellos deriva una regla común o un principio general. Aun así, el Derecho primario emplea los términos coordinación, armonización, aproximación y unificación de forma indistinta,

¹⁶³ MOLINA DEL POZO, C. F., «Aproximación de legislaciones en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V. y GARCÍA COUSO, S. (coords.) *Comentarios a la Constitución Europea. Libro III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 617.

¹⁶⁴ Sirva como ejemplo la jurisprudencia del TJUE que si bien no es directamente vinculante, puede ser llevada a efecto a través del recurso de incumplimiento. Es así que el art. 260-1 del TFUE establece que “*Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarar que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal*”, pudiendo imponerse al Estado incumplidor de la sentencia el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva. Esto puede provocar la necesidad de los Estados miembro de adaptar sus respectivas legislaciones internas al Derecho de la Unión, como ocurre en el Ordenamiento procesal español con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en el punto V de su preámbulo expresamente se reseña que con la referida Ley se da cobertura a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009.

¹⁶⁵ MOLINA DEL POZO, C. F., «Aproximación de legislaciones en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa», cit., p. 619.

por lo que algunos autores (VANDER ELST) consideran que por aproximación de legislaciones el Tratado se refiere a un concepto general en el que englobar todas las técnicas de integración jurídica legislativa de la Unión¹⁶⁶.

Habrà que atenderse, por tanto, al procedimiento concreto en el que se proceda a la aproximación, adquiriendo especial relevancia en el sistema del mercado común¹⁶⁷. Tal es el caso del art. 114 del TFUE, en el que se establecen los límites y se determinará la medida en que se efectuará la aproximación de las legislaciones, siempre orientado a eliminar barreras comerciales dentro del mercado interior¹⁶⁸.

Adquiere relevancia en este aspecto la interpretación de EISENHUT. Para dicho autor, la aproximación de las legislaciones se definiría como la armonización de las disposiciones legales de los Estados miembros a una norma definida por la Unión. No se refiere únicamente (y no necesariamente) a la supresión o reducción de las diferencias de las respectivas reglamentaciones nacionales, lo que refuerza la interpretación de dicha expresión como concepto general en el que englobar todas las técnicas ya referido. De este modo, el objetivo de crear el mercado interior puede requerir también una reorganización fundamental del respectivo ámbito jurídico nacional de conformidad con los principios requeridos por el Derecho de la Unión. Así, independientemente de la denominación en los diferentes fundamentos jurídicos (aproximación, armonización, coordinación), las medidas de aproximación de legislaciones pueden comprender desde medidas que se limitan a poner fin a los valores individuales de las legislaciones nacionales en comparación con la norma del Estado miembro medio, hasta la plena armonización del respectivo campo del derecho¹⁶⁹.

En cualquier caso, como apuntan algunos autores, las diferencias de los sistemas jurídicos nacionales no habrían de verse afectadas en general por el desarrollo normativo europeo, sin que tengan que verse afectadas directamente por el mismo. De este modo sólo podrían ser modificadas mediante una expresa armonización legal establecedora de un nuevo régimen unificado¹⁷⁰.

¹⁶⁶ VANDER ELST, R., «Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la commaute economique europeenne», en WAELBROECK, M. (coord.) *Les instruments du rapprochement des legislations dans la communaute economique europeenne*, Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, pp. 6-7.

¹⁶⁷ MONACO, R., «Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12, 1, 1960, p. 65.

¹⁶⁸ Otras bases jurídicas para la armonización a las que podrían hacerse referencia podrían ser la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios del art. 113 TFUE, o las medidas para armonizar los valores nominales y las especificaciones técnicas de todas las monedas destinadas a la circulación del art. 128-2. Habrá que atender a la base jurídica concreta de conformidad al fin que se pretenda armonizar.

¹⁶⁹ EISENHUT, D., «Commentary to art. 114. Approximation of laws in the internal market», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 557-558.

¹⁷⁰ KOTZUR, M., «Right of establishment», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 358, en referencia al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos del art. 53 TFUE.

Es preciso, al hilo del concepto de “aproximación de legislaciones nacionales” matizar un concepto asimilado por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en concreto de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 2 de mayo de 2006 (asunto C-436/03) que se comentará más abajo. Si el objeto de la materia regulada es la creación de una institución jurídica propia del Derecho de la Unión que no implique una modificación del Derecho nacional, sino que se adicione al mismo, en tal caso podría prescindirse del recurso al art. 114 por no ser necesaria la modificación de normas nacionales (p. 44 de C-436/03). Si la norma europea permite dejar las normas nacionales intactas podrá recurrirse a otra base jurídica más específica, o a la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE. De esta interpretación del TJUE puede sintetizarse otro rasgo propio de la aproximación: puede conllevar la necesidad de modificar la modificación de los Derechos nacionales en los ámbitos competenciales de la Unión, pues no en vano y como se analizará más abajo es presupuesto básico y esencial del art. 114 la existencia de divergencias entre las legislaciones nacionales.

Además de las referidas técnicas la Unión tendría otros mecanismos de aproximación de legislaciones, como establecer directrices voluntarias para que los Estados Miembros se adhieran a ciertas normas no gubernamentales¹⁷¹ o proponer a los Estados Miembros a adherirse a los convenios internacionales sobre la armonización de una determinada materia¹⁷².

1.2 La armonización. Concepto general y grados

El primer concepto sería el de armonización. Esta técnica implicaría un instrumento destinado al cumplimiento de los objetivos de la Unión dirigida a las relaciones entre el derecho comunitario y los respectivos nacionales, y se caracterizaría

¹⁷¹ Como las normas técnicas de los organismos de normalización adoptadas en base al art. 171-1 2 del TFUE, por las que se establecen especificaciones técnicas aplicables a productos, servicios y procesos entre las que se encuentra el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (Cenelec) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI).

¹⁷² Tal sería el caso del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, a modo de ejemplo de Convenio adoptado en el seno de la Unión Europea. Sobre las otras técnicas en materia de aproximación de legislaciones vid. EISENHUT, D., «Commentary to art. 114. Approximation of laws in the internal market», cit., p. 558.

por una flexibilidad en tanto que no habría de implicar la adopción de un texto uniforme y expreso¹⁷³.

Al procederse a la armonización de varias normas, el objetivo sería eliminar todo lo que impide que las normas tengan efectos similares en su aplicación. De esta forma se conseguiría el efecto de sustituir a las normas nacionales divergentes por las medidas de armonización¹⁷⁴. En cualquier caso la armonización afectaría al fondo de las normas previstas (requiriéndose la modificación), pero en principio dejaría libertad a la diversidad de origen, estructura y redacción de las normas internas en cuestión¹⁷⁵.

La armonización implicaría, por otra parte, una modificación normativa interna del contenido de las políticas económicas, en la medida estrictamente necesaria para los resultados que se persiguen. Se trata de establecer ciertas analogías, incluso ciertas similitudes, entre los diversos sistemas normativos que, desde un determinado ángulo, pasarían a considerarse como un todo. Más que coordinar las relaciones entre los diferentes sistemas jurídicos, dejándolos tal cual, por ejemplo determinando las condiciones para el reconocimiento sentencias, actos o sociedades extranjeras (como ocurre en la coordinación a la que se hará referencia) o al regular la elección de la ley estableciendo puntos de conexión, en cambio, se persigue que las leyes nacionales se inspiren en leyes modelo o principios comunes, a veces extraídos del derecho comparado¹⁷⁶.

Esta idea pasaría por aproximación de criterios jurídicos a través de leyes modelos o bases, así como doctrina que serviría como principio básico para los legisladores y jueces nacionales, quienes se responsabilizarían en coordinar el enfoque jurídico de la asimilación del Derecho de la Unión en el ordenamiento interno¹⁷⁷. Como señala ANCEL, la armonización implicaría además un estudio entre los juristas de los diferentes países y tomando en consideración los diferentes sistemas y de las posibilidades y problemas de una determinada rama del derecho. Por consiguiente, debe basarse en un estudio o comprensión comparativa de las características básicas de una situación jurídica¹⁷⁸.

Esta técnica estaría caracterizada por la flexibilidad: la armonización puede conllevar un mayor o menor grado de armonización legislativa, en función del cauce

¹⁷³ MOLINA DEL POZO, C. F., «Aproximación de legislaciones en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa», cit., p. 617.

¹⁷⁴ LÓPEZ ESCUDERO, M., «El mercado interior: cuestiones generales», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 35.

¹⁷⁵ MONACO, R., «Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen», cit., pp. 64-65.

¹⁷⁶ VANDER ELST, R., «Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la communauté économique européenne», cit., p. 6.

¹⁷⁷ MOLINA DEL POZO, C. F., «Aproximación de legislaciones en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa», cit., p. 619.

¹⁷⁸ ANCEL, M., «From the unification of law to its harmonization», *Tulane Law Review*, vol. 51, 1976, p. 115.

seguido por la Unión para hacer llegar a los ordenamientos internos el principio jurídico o derecho en cuestión.

Es preciso apuntar igualmente que existen niveles de armonización, que quedaría siempre a discrecionalidad de la legislatura europea correspondiente y de la elección que se haga para lograr el resultado propuesto¹⁷⁹. Esta es una circunstancia admitida por la propia jurisprudencia del TJUE, y entre otras por la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 4 de mayo de 2016 (asunto C-547/14, caso Philip Morris Brands y otros). Según la Sala Segunda interpretadora del art. 114 TFUE, los autores del Tratado han querido conferir al legislador de la Unión, en función del contexto general y de las circunstancias específicas de la materia que deba armonizarse, un margen de apreciación en cuanto a la técnica de aproximación más adecuada para lograr el resultado deseado, en especial en los ámbitos que se caracterizan por particularidades técnicas complejas (p. 63 de Philip Morris, e igualmente Sentencia de la Gran sala del TJUE de 22 de enero de 2014, p. 102). Por tanto, el legislador de la Unión gozaría de un margen de apreciación, en el que podría llevar a cabo simplemente una armonización por etapas.

La jurisprudencia del TJUE incluso ha declarado que, el hecho de que una Directiva prevea ciertas excepciones o se remita en algunos aspectos al Derecho nacional no implica necesariamente que en las materias en ella regula, la armonización sea incompleta, en tanto que debe atenderse al tenor, objeto y sistema de ésta (Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 25 de abril de 2002, asunto C-52/00, Comisión contra Francia, pp. 16-19, en relación a la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos).

De esta forma, para examinar el grado de armonización, debe atenderse tanto al tenor como al sentido y a la finalidad de cada disposición normativa, debiendo examinarse por separado cada uno de los aspectos que regula (Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott presentadas el 10 de septiembre de 2009 en el asunto C-45/08, caso Spector Photo Group NV pp. 75-76, en las que la Abogado General aceptó y calificó la armonización de la Directiva 2003/6, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado como exhaustiva o mínima).

Este margen o flexibilidad reseñada permite que el legislador comunitario pueda establecer diferentes grados de armonización, que se ha venido en denominar como máxima, mínima o parcial.

En primer lugar, podría señalarse la llamada armonización máxima o completa. Con la misma, se regula exhaustivamente un campo determinado y que establece tanto el suelo como el techo de protección de la propia norma¹⁸⁰. Con un conjunto de normas tan

¹⁷⁹ KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1237.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 1238.

exhaustivo no se dejaría a los Estados Miembro ningún margen para introducir o mantener disposiciones nacionales en sentido contrario al regulado por la normativa europea.

Este efecto es advertido por la jurisprudencia del TJUE, en su Sentencia de la Sala Sexta de 8 de mayo de 2003 (asunto C-14/02, caso ATRAL) en su p. 44. De este modo, en el caso de que la armonización sea máxima, los Estados miembros han de atenerse íntegramente a éstas y no pueden mantener en vigor disposiciones nacionales que sean contrarias a ellas¹⁸¹.

Como se deduce de la jurisprudencia del TJUE citada en pie de página, el elemento definitorio de la armonización máxima sería que la normativa europea regularía la integridad de una relación jurídica, en toda su extensión, de tal manera que cualquier regulación nacional divergente de lo ya establecido en dicha norma entraría en abierta contradicción con la misma.

La armonización máxima puede limitarse a la regulación de determinadas prácticas específicas en un área determinada. Como se ha comentado anteriormente a la luz del caso Comisión contra Francia (C-52/00), el hecho de que la normativa europea concreta prevea ciertas excepciones o se remita en algunos aspectos al Derecho nacional no significa que la armonización sea incompleta.

Por otro lado, se encontraría la llamada armonización mínima o incompleta. En este caso, la norma europea dejaría margen y posibilidad a los Estados Miembros para que establezca normas más exigentes que las prescritas a nivel de la Unión. Este tipo de

¹⁸¹ El ejemplo puesto por el TJUE es la Directiva 1999/5 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad, materia hoy regulada por la Directiva 2014/53 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos. Otro ejemplo de armonización máxima sería la Directiva 67/548/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1967, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas (materia hoy regulada en el Reglamento 1272/2008), como establece la Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 1987 (asunto C-278/85, caso Comisión contra Dinamarca. En su p. 12 se detalla que de la descripción del sistema de la Directiva se desprende que el legislador comunitario ha regulado exhaustivamente todas las cuestiones relativas a la notificación, clasificación, envasado y etiquetado de sustancias, tanto antiguas como nuevas, y que no ha dejado a los Estados miembros la posibilidad de adoptar otras medidas en sus respectivas normativas nacionales.

armonización funcionaría como una norma de mínimos¹⁸². No en vano ha sido definida como la “válvula de seguridad” de la autonomía legislativa de los Estados miembros¹⁸³.

Como señala DOUGAN, con la armonización de mínimos aparecería una pauta reglamentaria compleja, en la que los instrumentos legislativos se aplicarían en toda la Unión, pero estableciéndose capas adicionales de obligación abarcando diferentes combinaciones de Estados miembros y cada uno de ellos establece a su vez ciertas normas comunes, pero no idénticas. Por ello el comentado autor no esconde la posible afección al correcto funcionamiento del mercado interior, así la eficacia y la legitimidad democrática de todo el proyecto de integración europeo¹⁸⁴. En todo caso, habrá que estar al alcance y la intensidad de la armonización que pretendería el legislador europeo¹⁸⁵.

Si una armonización es incompleta, los Estados miembros tendrían derecho a regular en su derecho interno condiciones más duras o estrictas que las especificadas en el acto jurídico comunitario como norma de mínimos. Pero estas normas no podrían aplicarse a los productos o servicios importados si con ello se pudiese comprometer seriamente la consecución del resultado prescrito por la norma comunitaria o las libertades del mercado interior¹⁸⁶.

¹⁸² KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1238. Señala el autor como ejemplo el caso de la Directiva 89/622/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco, y su interpretación en la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-11/92, caso Gallaher. La Directiva en cuestión establecía que los paquetes de cigarrillos debían contener advertencias derivadas del carácter perjudicial para la salud del consumo de tabaco que ocupasen, al menos, el 4% de la superficie del paquete de tabaco. El Derecho británico establecía un porcentaje superior, relativo al 6% de la superficie, y limitaba el comercio en territorio nacional británico de paquetes que incumplían la norma nacional. El TJUE admitió que, si bien la normativa británica podía exigir a su producción nacional cumplir con un nivel de superficie mayor que el requerido en la Directiva, al establecer la misma prescripciones mínimas, no podía por el contrario prohibir ni limitar el comercio en su territorio de los productos importados de otros Estados miembros que se ajusten a la Directiva (p. 16 de Gallaher). O por ejemplo la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 14 de julio de 1998, asunto C-389/96, caso Aher-Waggon. En el mismo, interpretando la Directiva 80/51/CEE, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves (hoy regulado en el Reglamento (UE) 2018/1139) se entendió que la normativa de la República Federal de Alemania, que establecía normas acústicas más estrictas que las establecidas en la Directiva, no resultaba desproporcionada en tanto que la Directiva fija únicamente unas exigencias mínimas (p. 15 de Aher).

¹⁸³ KLAMERT, M., «What We Talk About When We Talk About Harmonisation», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 17, 2015, p. 379.

¹⁸⁴ DOUGAN, M., «Minimum harmonization and the internal market», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 885.

¹⁸⁵ KLAMERT, M., «What We Talk About When We Talk About Harmonisation», cit., p. 378.

¹⁸⁶ Es el caso de la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 13 de noviembre de 2003 C-294/01, caso Granarolo. En dicho proceso se debatía hasta qué punto la normativa italiana sobre fijación de la fecha de caducidad en los productos lácteos podía comprometer seriamente la consecución del resultado prescrito por la Directiva 79/112 del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final (hoy regulado por el Reglamento 1169/2011). La finalidad de la Directiva 92/46 consistía, entre otros, en facilitar la comercialización y la libre circulación de los productos lácteos. Dicha finalidad podría quedar desvirtuada, a juicio del TJUE si un Estado miembro fijase una fecha de caducidad que pudiera obstaculizar gravemente la comercialización de tal producto en ese Estado (p. 47 de Granarolo). Y aunque Italia era competente para regular la determinación de la fecha de caducidad de sus productos, al establecer la obligación de establecer la fecha de caducidad de la leche

Esta fórmula ha sido apuntada como una opción posible en materia de Derecho procesal civil, mediante el establecimiento de directrices generales y estándares mínimos¹⁸⁷ del proceso que obligarían a una actuación positiva de los Estados de cara a la adaptación de los respectivos sistemas internos mediante los diversos sistemas legislativos nacionales, convirtiendo los mandatos europeos en disposiciones vinculantes a nivel nacional¹⁸⁸. En este sentido se propone que debe excluirse una articulación basada en la pura enunciación de principios, en tanto que permiten interpretaciones dispares y darían lugar a más cuotas de discrecionalidad judicial¹⁸⁹ (y máxime dada la asimetría de las diferentes tradiciones jurídicas entre los Estados del Derecho común y el anglosajón). Por ello una interpretación de mínimos permitiría referirse a las cuestiones fundamentales del proceso, cimentada en el art. 47 CDFUE (relativo a la tutela judicial efectiva), permitiendo a los Estados adaptar las directrices generales con la suficiente flexibilidad para conservar las tradiciones jurídicas (en las que subyacen circunstancias históricas, culturales y sociales, si bien no pueden provocar un trato no igualitario para los ciudadanos de la Unión) pero al mismo tiempo se conseguiría que los contenidos esenciales estuviesen unificados¹⁹⁰.

Como ha señalado GASCÓN INCHAUSTI, la armonización en materia procesal civil sería resultado al que se llega a través de dos fases: por un con la definición por parte del legislador europeo de los objetivos y de los estándares mínimos; pero ha de ir ordinariamente seguida de una acción posterior de los diversos legisladores nacionales, que convierta los mandatos europeos —dirigidos a los Estados miembros— en disposiciones vinculantes a nivel nacional¹⁹¹ —aplicables de forma directa por los operadores jurídicos afectados—.

Igualmente la armonización puede ser parcial, lo que permitiría a los Estados miembros establecer nuevos requisitos y disposiciones legislativas en aquellas cuestiones no cubiertas por la norma jurídica comunitaria¹⁹². De este modo los Estados Miembros contarían con un margen de maniobra para regular las cuestiones no cubiertas por la normativa comunitaria armonizadora, si bien este margen estaría condicionado como se

pasterizada a alta temperatura de tal manera que no puede exceder de un plazo de cuatro días desde el envasado del producto se entendió que dicha normativa constituía una restricción a la libertad de circulación de mercancías.

¹⁸⁷ O como lo define la doctrina estándares comunes, como regla intermedia entre los principios procesales constitucionales y las normas de aplicación directa. Vid. HESS, B. Y OTROS, «From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure: An Introduction», cit., p. 26.

¹⁸⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., pp. 58-59.

¹⁸⁹ VAN RHEE, C. H., «Approximation of Civil Procedural Law in the European Union», cit., p. 75.

¹⁹⁰ CALDERÓN CUADRADO, M. P., «¿Hacia una europeización del proceso?», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 141-144.

¹⁹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., p. 58.

¹⁹² Como especifica la Sentencia Philip Morris anteriormente citada (C-547/14), se interpretó que la Directiva 2014/40 (relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco) debía interpretarse en el sentido de que los Estados miembros podían mantener o introducir otros requisitos en lo relativo a los aspectos del embalaje de los productos del tabaco no armonizados por dicha Directiva.

ha comentado en el punto anterior en relación al caso Granarolo (C-294/01) a que no podría impedir las libertades del mercado interior, como la circulación de productos o prestación de servicios.

Además de las anteriores cabría establecer otras diferenciaciones. Por ejemplo, la de armonización vertical y horizontal. La vertical iría dirigida a la armonización de normas para un grupo de productos, servicios o derecho específico, y la horizontal abarcaría todos o varios tipos de productos y servicios. E igualmente podría incluirse la armonización orientada, que se referiría a las medidas que sólo prevén de manera muy selectiva la norma armonizada¹⁹³.

Los anteriormente citados grados de armonización pueden presentarse de forma única o combinados los unos con los otros, teniendo en todo caso el legislador comunitario discrecionalidad en tanto a la forma y sometándose cada precepto jurídico a las consideraciones expuestas.

Es preciso señalar igualmente que en el art. 114, mediante la utilización de las palabras “medidas para la aproximación” los autores del Tratado pretendían conferir al legislador de la Unión un margen de discreción en cuanto al método de aproximación más adecuado para lograr el resultado deseado, en particular en los ámbitos complejos y técnicos (a diferencia del art. 115, que lo limita en la Directiva aludida en pie de página)¹⁹⁴.

1.3 La coordinación

Por otro lado, la coordinación implicaría llevar a cabo modificaciones en las legislaciones internas para simplemente establecer líneas generales comunes. Supondría el nivel mínimo de integración jurídica¹⁹⁵. Para algunos autores (MONACO) implicaría eliminar contrastes, sin que sea necesario realizar cambios legislativos en las normas internas¹⁹⁶. En cualquier caso, la coordinación precisaría de un plan lógico para lograr un

¹⁹³ Como la Directiva 2011/83, que se limita a armonizar la información que es preciso facilitar en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, así como el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento. Al respecto de estas categorías vid. KLAMERT, M. Y LEWIS, A.-X.-P., «Commentary to article 26», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, 2019, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 469.

¹⁹⁴ KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1244.

¹⁹⁵ MOLINA DEL POZO, C. F., «Aproximación de legislaciones en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa», cit., p. 618.

¹⁹⁶ MONACO, R., «Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen», cit., p. 64-65.

fin determinado regulando las relaciones entre los diferentes sistemas o instituciones jurídicas en la medida necesaria para el orden en el que se establezcan esas relaciones.

La doctrina pone como ejemplo el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (en materia penal hoy regulado en el art. 67-3 TFUE), que apriorísticamente no debería implicar necesariamente una adaptación de los ordenamientos internos¹⁹⁷. A ello podría asimilarse el régimen previsto en la cooperación judicial civil del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, más propia del Derecho internacional privado, así como la coordinación para las garantías exigidas a las sociedades y la protección de intereses de los socios y terceros (art. 50-2 g TFUE).

Un ejemplo general es el previsto en el art. 2-5 del TFUE, en virtud del cual en determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin que ello suponga sustituir la competencia en dichos ámbitos; o igualmente la coordinación de políticas económicas prevista en el art. 5-1 TFUE.

Es preciso resaltar que el fenómeno jurídico de la coordinación no sólo forma parte del contexto europeo. Un importante ejemplo, precisamente en materia procesal civil es el llamado Código Tipo Iberoamericano aprobado en 1988 en Montevideo, promovido por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal. En pos de conseguir una integración entre los diferentes Derechos procesales de Iberoamérica se elaboró un modelo para orientar futuras reformas legislativas en los respectivos Códigos procesales nacionales, tomando otros Derechos procesales como referencia (de Estados Unidos o Austria) y originar líneas comunes¹⁹⁸.

1.4 La uniformización

Finalmente, la uniformización supondría la coincidencia de reglas comunes al igual que una normativa propia en la que se sustentarían. Supondría el mayor nivel de integración de normativa¹⁹⁹, al implicar el surgimiento de una ley uniforme y adaptación

¹⁹⁷ VANDER ELST, R., «Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la communauté économique européenne», cit., p. 5.

¹⁹⁸ GELSI BIDART, A.; TORELLO, L. Y VESCOVI, E., *El código procesal civil modelo para iberoamérica. Historia-antecedentes-exposición de motivos*, Rosario, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 11.

¹⁹⁹ MOLINA DEL POZO, C. F., «Aproximación de legislaciones en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa», cit., p. 619.

total a los ordenamientos internos²⁰⁰. Algunos autores diferencian entre unificación, que implicaría una identidad de contenido, y uniformización, que sólo tendría por objeto hacer similares o menos diferentes los derechos internos, acercándose a la idea de armonización²⁰¹.

Por uniformización cabría entenderse la concepción de un puro derecho unificado. Se engloba en este concepto las diferentes fuentes de derecho común: los propios tratados de Derecho primario, el Derecho secundario y los convenios internacionales celebrados por los Estados miembros²⁰².

Ejemplos de esta técnica podrían ser la creación de un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países del art. 78-2 TFUE, o las medidas relativas a la creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial del art. 118 TFUE.

Por su conceptualización se asimila a la armonización máxima, ya detallada en el anterior epígrafe.

2. Alcance, contenido y ámbito de aplicación positivo del art. 114

Determinar el alcance del art. 114 implica grandes dosis de interpretación jurídica, que es preciso determinar en el contexto de los preceptos del TFUE.

En primer lugar, el párrafo primero enuncia que el contenido del artículo será aplicable “salvo que los Tratados dispongan otra cosa”. De este modo, las otras bases jurídicas contenidas en el TFUE tienen el rango de *lex specialis* y prioridad respecto al contenido del artículo. La doctrina entiende incluido en este precepto los siguientes artículos del TFUE: las disposiciones legislativas relativas al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión (art. 21-2), la elaboración y ejecución de la política agrícola común (art. 43), la libre circulación de trabajadores (arts. 46 y 48), la coordinación en materia de derecho de sociedades (art. 50-2 g), la libertad de establecimiento y el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos (art. 53-1), la libre prestación de servicios (art. 62),

²⁰⁰ ANCEL, M., «From the unification of law to its harmonization», cit., pp. 110-111.

²⁰¹ VANDER ELST, R., «Les notions de coordination, d’harmonisation, de rapprochement et d’unification du droit dans le cadre juridique de la communauté économique européenne», cit., p. 4.

²⁰² *Ibid.*, p. 6.

en materia de transportes (art. 91), la armonización sobre la imposición indirecta (art. 113) y la política energética de la Unión (art. 194)²⁰³. Todas las enunciadas bases jurídicas serían de aplicación preferente antes que la prevista en el art. 114, entre otras razones por su carácter genérico.

Tales materias serían, como se ha apuntado anteriormente, las disposiciones fiscales, las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. Debe apreciarse un ámbito de aplicación limitado. El artículo 114-2 del TFUE excluye de la armonización prevista en el artículo 114-1 ciertas esferas especialmente sensibles. En esas materias, el derecho secundario solo podría promulgarse sobre la base del artículo 115 del TFUE, que exige la unanimidad del Consejo y en cualquier caso sólo permitiría la adopción de directivas²⁰⁴. El condicionante para la legislación sobre dicho precepto sería que la materia incida directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, por lo que coincidiría con el contenido del mercado interior, exigiéndose en todo caso una mayoría legislativa más cualificada.

Por ello, frente a la amplitud del párrafo primero del art. 114, el párrafo segundo ha de interpretarse de forma más restringida. En cualquier caso, el TJUE ha dado un significado amplio a la expresión a la dicción “disposiciones fiscales”²⁰⁵, incluyendo los procedimientos. Respecto a la libre circulación de personas, habría que entenderse que se limita a personas que no gocen de la categoría de ciudadanos de la Unión, en tanto que como se ha apuntado el párrafo 2º del artículo 21 del TFUE permite la aplicación del procedimiento legislativo ordinario en el ámbito de la libre circulación de los ciudadanos. Y la exclusión de derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena no ha sido un óbice para que el art. 114 sea la base jurídica de legislación específica en materia de productos que puedan contribuir a salvaguardar los intereses de los trabajadores (como el Reglamento 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016,

²⁰³ KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1241.

²⁰⁴ Como aclara SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, 2, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 120-121, si bien complementaria la base del art. 115 es diferente, y permite armonizar normas nacionales cuyo objeto no es la regulación del mercado pero que tiene efecto sobre el mismo (por ejemplo en materia fiscal, laboral y cultural). En tal caso el art. 115 exigiría la unanimidad del Consejo, a diferencia del 114 que se caracteriza por ser más flexible al exigirse mayoría cualificada, y una mayor intervención del Parlamento Europeo. Por su parte SÁNCHEZ LORENZO, S., «Aproximación del derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la comunidad europea», en *El dret civil català en el context europeu: materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Gerona, Documenta Universitaria, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2003, p. 56 entiende igualmente una diferencia de alcance entre los dos preceptos, que se centraría en el distinto alcance de las distorsiones de la competencia según afecte a las condiciones de comercialización o de producción.

²⁰⁵ Y lo hace en la Sentencia de la Sala Sexta de 29 de abril de 2004, asunto C-338/01, caso Comisión contra Consejo, interpretando el tenor del tratado (art. 95, tras el Tratado de Niza, precedente del 114). En su p. 63 se dice que por lo que respecta a la interpretación de los términos «disposiciones fiscales», debido a su carácter general, dicho término abarca no sólo todos los ámbitos de la fiscalidad, sin distinguir entre los tipos de impuestos de que se trate, sino también todos los aspectos de esta materia, ya sean normas materiales o de procedimiento. Por ello (p. 67), dicha expresión abarcaría no sólo las disposiciones que determinan los sujetos pasivos, las operaciones impositivas, la base imponible, los tipos impositivos y las exenciones de los impuestos directos e indirectos, sino también las relativas a los procedimientos de recaudación de éstos.

relativo a los equipos de protección individual)²⁰⁶, pero en cualquier caso ya existiría una base jurídica más específica residenciada en el art. 153 TFUE para completar la acción de los Estados miembros en lo que respecta a derechos e intereses de los trabajadores.

Llegado a este punto, es preciso determinar el ámbito de alcance positivo del artículo 114-1.

Respecto al ámbito de aplicación subjetivo de esta base, no habría ningún obstáculo en la redacción del precepto que implique que los destinatarios de las medidas adoptadas por el legislador de la Unión Europea en virtud de dicha disposición sólo puedan ser los Estados miembros. Como ha constatado la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114 también puede servir de base jurídica para la adopción de medidas que sean jurídicamente vinculantes para los particulares, sean personas físicas o jurídicas²⁰⁷.

Respecto al contenido, como el párrafo final aclara, la aproximación tiene que tener por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, y para ello se remite a la consecución de los objetivos del art. 26 del propio TFUE.

El párrafo primero del art. 26 TFUE establece que “*La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados*”. El mercado interior es definido en su párrafo segundo, en el sentido de que “*El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados*”. Este precepto fue introducido con el art. 8-A del Acta Única Europea, y en su dicción original establecía que la Unión adoptaría las medidas destinadas a establecer el mercado interior “adoptando las medidas necesarias a tal fin”²⁰⁸. Esta expresión sería modificada en el Tratado de Lisboa para permitir no sólo la adopción de medidas necesarias para establecer el mercado interior, sino también medidas para garantizar su funcionamiento.

²⁰⁶ Y es una base jurídica tolerada por el TJUE. Así ocurrió con la Directiva 89/686 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual, cuestión hoy regulada por el Reglamento 2016/425 citado en el texto principal. La Sala Quinta del TJUE, en su Sentencia de 22 de mayo de 2003, asunto C-103/01, Comisión contra Alemania, admite en su p. 43 que la Directiva fue adoptada sobre la base del artículo 100 A del Tratado de la Comunidad Europea en su tenor dado por el Acta Única Europea de 1986 (actualmente el art. 114 que comentamos). A juicio del TJUE, se incluiría en el objetivo de alcanzar y garantizar la libre circulación de los equipos de protección individual entre los Estados miembros.

²⁰⁷ Lo hace el TJUE en su Sentencia de la Gran Sala de 22 de enero de 2014, asunto C-270/12, caso Reino Unido contra Parlamento (p. 97), admitiéndolo implícitamente en relación con el art. 28 del Reglamento n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, armonizado sobre la base del art. 114 TFUE.

²⁰⁸ De hecho, se interpreta este artículo en el sentido de que el objetivo de establecer y garantizar el mercado interior no queda aun plenamente conseguido, sino que debe asegurarse con la evolución a través de armonizaciones futuras. Vid. KOTZUR, M., «Commentary to art. 26», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 270.

Aunque el establecimiento del mercado interior consta como uno de los objetivos de la Unión en el art. 3-3 del TUE, el artículo 26 le daría a dicho objetivo un mayor contenido y significado. De hecho, resulta tan determinante el artículo 26 para determinar el contenido de las materias armonizables a través del art. 114 TFUE que el TJUE lo ha invocado para interpretar el derecho derivado cuya base jurídica era el art. 114²⁰⁹, y en concreto en la Sentencia de la Sala Tercera de 27 de abril de 2017, asunto C-535/15, caso Pinckernelle, en cuyo p. 42 expresamente se considera que el reglamento analizado (Reglamento 1907/2006, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos) tenía como base jurídica el artículo 114 TFUE, cuyas disposiciones son aplicables para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14 CE, actualmente artículo 26 TFUE, que son establecer el mercado interior o garantizar su funcionamiento, lo cual implicará un espacio sin fronteras interiores en el que se garantiza la libre circulación de mercancías.

Igualmente, en la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 12 de noviembre de 2009, asunto C-351/08, caso Gimme, se define en su p. 27 al mercado interior como un proyecto de entidad económica integrada con un mercado único, basado en normas comunes entre sus miembros que tiene por objeto suprimir todos los obstáculos para crear un espacio de libertad total de circulación análogo a un mercado nacional que comprende, entre otras cosas, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

El objeto esencial del artículo 26 sería el establecimiento y funcionamiento del mercado interior²¹⁰, quedando codificado en el mismo el concepto dado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia tradicional como “la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con el fin de fundir los mercados nacionales en un mercado único estableciendo condiciones lo más próximas posibles a las de un auténtico mercado interior”, como se especifica en el p. 33 de la STJUE de 5 de mayo de 1982, asunto C-15/81, caso Schul.

La consolidación del mercado interior fue un fenómeno progresivo²¹¹. Se inició con la entrada en vigor del Tratado de Roma en 1958, si bien los aranceles aduaneros no se abolieron efectivamente hasta el transcurso de un periodo de diez años en 1968 por medio del Reglamento n° 950/68 del Consejo de 28 de junio de 1968, relativo al arancel aduanero común. Aun así, y como advierte la doctrina existían obstáculos persistentes al comercio entre los Estados miembros en el mercado común después de la expiración del período de transición. Una de las razones era que el Derecho primario y en concreto el

²⁰⁹ KLAMERT, M. Y OTROS, «Commentary to article 26», cit., p. 465.

²¹⁰ En determinados casos la aproximación de normas generales puede no ser suficiente para asegurar la unidad del mercado. De este modo, el concepto “medidas relativas a la aproximación” de la legislación debe interpretarse en el sentido de que abarca la facultad del legislador de la Unión Europea para decidir las medidas relativas a un producto o a una categoría de productos determinados y, en su caso, las medidas individuales referentes a estos productos. Ello ha sido aplicado a la seguridad de los productos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de agosto de 1994, Alemania contra Consejo, C-359/92., p. 37.

²¹¹ Es preciso tener en cuenta igualmente que, mediante el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (DOUE n° L 001 de 03/01/1994 pp. 0003 – 0036), en vigor desde el 1 de enero de 1994, se permiten que los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (menos Suiza) se beneficien de la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales que rigen en la Unión (arts. 23-52).

artículo 100 del Tratado de Roma (actual art. 115) exigía la unanimidad para adoptar medidas de armonización del mercado interior²¹².

Así pues, el 14 de junio de 1985, la Comisión publicó el Libro Blanco “Realización del mercado interior” (también llamado “Informe Cockfield”), en el que se describían tres tipos de obstáculos al comercio en el mercado interior que propondría al Consejo para su eliminación²¹³: por un lado, las barreras físicas, como los controles en los movimientos de bienes y personas, así como sobre el transporte. Por otro, las barreras técnicas, como el establecimiento de normas técnicas sobre productos tan diferentes que hacían más difícil y costoso el comercio transfronterizo (incluyéndose los aspectos redundantes en la libre circulación de bienes, trabajadores y profesionales y capital) y las barreras fiscales tales como la existencia de normas divergentes sobre el cálculo y la recaudación de impuestos indirectos, que obstaculizarían de igual modo el libre comercio²¹⁴.

La armonización legislativa se entendió en el Libro Blanco sobre la realización del mercado interior como una barrera técnica. Para la Comisión era necesario distinguir entre las materias que era necesario esencial armonizar y lo que podía dejarse al albur del reconocimiento mutuo de las reglamentaciones y normas nacionales. Para ello, con ocasión de cada iniciativa de armonización, habría de determinarse si las reglamentaciones nacionales eran o no excesivas en relación con los requisitos obligatorios que se persiguen en la Unión y, por lo tanto, podrían constituir o no obstáculos injustificados al comercio (p. 65 del Informe Cockfield). Pero en cualquier caso se reconocieron deficiencias en los procedimientos derivados del artículo 100 del Tratado de Roma, y en concreto que se daba lugar a grandes retrasos debido al requisito de unanimidad en la toma de decisiones del Consejo (pp. 66 y 67 del Informe Cockfield).

Es preciso aclarar igualmente que incluso cuando un acto jurídico basado en el artículo 114 TFUE ya haya eliminado cualquier obstáculo al comercio en la materia que armoniza, la Unión seguiría estando facultada para adaptar ese acto a cualquier cambio o modificación de las circunstancias o cualquier evolución de los conocimientos, habida cuenta de la tarea que le incumbe de velar por que se protejan los intereses generales reconocidos por el Tratado²¹⁵.

En base a esas recomendaciones, mediante el Acta Única Europea de 1986²¹⁶ se introdujo en el Tratado de la Comunidad Económica Europea el artículo 100A, cuyo texto coincide significativamente con el actual art. 114 TFUE (con excepción de algunas

²¹² KLAMERT, M. Y OTROS, «Commentary to article 26», cit., p. 466.

²¹³ Comisión Europea, *Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council* (Milan, 28-29 de junio 1985). COM (85) 310 final, 14 de junio de 1985, visto en web el 5 de abril de 2020 en http://aei.pitt.edu/1113/1/internal_market_wp_COM_85_310.pdf, pp 6 y ss.

²¹⁴ KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1242.

²¹⁵ Sentencias del TJUE de 10 de diciembre de 2002, asunto C-491/01, caso British American Tobacco (Investments) Ltd, pp. 77 y 78; y Sentencia de la Gran Sala de 8 de junio de 2010, asunto C-58/08, caso Vodafone, p. 34.

²¹⁶ DOUE n° L 169/8, 29/06/1987.

cuestiones técnicas de procedimiento parlamentario) y eliminando el requisito de la unanimidad, pasando a exigirse mayoría cualificada.

De este modo, en línea con la definición antes expuesta de mercado interior o común, se han señalado dos vías de integración del mercado interior: la integración positiva, que iría de la mano de la armonización o aproximación de las legislaciones nacionales, y la integración negativa que se centraría por otro lado en la eliminación de los obstáculos a las libertades fundamentales del mercado. Ambos elementos serían los que establecerían el mercado interior²¹⁷.

El mercado interior estaría regido por un principio llamado de unidad del mercado interior, hoy regulado en los artículos 34 y siguientes del TFUE. En la Sentencia del TJUE de 20 de abril de 1978, asunto C-80/77, caso *Commissionnaires réunis*, expresamente se especifica que desde la perspectiva de la unidad del mercado ha de excluirse cualquier medida que se oponga a la eliminación entre los Estados miembros de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas o de las exacciones o medidas de efecto equivalente; y de este modo quebranto el acervo comunitario en materia de unidad del mercado podrían desencadenarse mecanismos de desintegración, vulnerando los objetivos de aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros (pp. 35 y 36).

La idea esencial subyacente sería que el mercado interno asegurase, en términos económicos, la uniformidad de las condiciones comerciales, en el sentido de permitir una igualdad de condiciones para todos los operadores del mercado²¹⁸. Esta sería una salvaguarda para la prohibición de la discriminación por un lado (coherencia en la aplicación de las normas), y por la prohibición de dividir los mercados en virtud de la prohibición de los cárteles del artículo 101 del TFUE por otro lado.

Son varias las consecuencias generales que derivarían de las libertades del mercado interior y redundarían en los ordenamientos internos, constituyendo a su vez un criterio inspirador para la armonización. Por un lado, la prohibición de discriminación: las medidas nacionales no podrían discriminar a los productos o personas de otro Estado miembro. También si las medidas legislativas o judiciales nacionales constituyen un obstáculo, impedimento, entorpecimiento o restricción del ejercicio de la libertad en cuestión (prohibición general de las restricciones)²¹⁹. E igualmente habría que atenderse

²¹⁷ KLAMERT, M. Y OTROS, «Commentary to article 26», cit., p. 467. En relación a la integración negativa cabría citarse la conocidísima sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, caso *Rewe-Zentral AC*, en virtud de la cual la exigencia unilateral impuesta por la normativa de un Estado miembro, a falta de armonización, para la comercialización de bebidas espirituosas constituiría un obstáculo a los intercambios incompatible con las libertades del mercado (en tal caso con la libre circulación de mercancías).

²¹⁸ Es una idea defendida por la Comisión en la Comunicación al Parlamento Europeo, el Comité Económico Social y al Comité de las Regiones *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa* (COM/2015/0192 final), visto en web el 6 de abril de 2020 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192>.

²¹⁹ Vid. Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 20 de octubre de 2005, asunto C-264/03, caso *Comisión contra Francia*. En la misma se recalca que la prohibición a las restricciones a la libre prestación de servicios implica la supresión de cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique

a si la legislación nacional impide el acceso al mercado o lo impide en mayor medida que en el caso de los productos nacionales por una legislación positiva en cuestión²²⁰. Ahora bien, si el énfasis en el enfoque de las restricciones radica en la falta de regulación de los diferentes regímenes nacionales, el enfoque del acceso al mercado habría de centrarse en la integración de los mercados de los Estados miembros²²¹, generalmente por la vía de la armonización.

De este modo los regímenes de prohibición y justificación en el marco de las diferentes libertades fundamentales del mercado interior quedan definidas en cada uno de los preceptos recogidos en el Tratado para cada libertad concreta²²². No en vano el art. 26 TFUE establece que las libertades se garantizarán “de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. La libre circulación de mercancías estaría regulada en el art. 28 TFUE, la libre circulación de trabajadores en el art. 45 TFUE, la libre prestación de servicios en el 56 TFUE, la libertad de establecimiento en el art. 49, y la libre circulación de capitales en el art. 63.

En cualquier caso, la creación de un mercado auténticamente integrado no se trata de una tarea finita, sino más bien un proceso continuo, que requiere un esfuerzo, una vigilancia y una actualización constantes. Con los avances tecnológicos y políticos, el entorno en el que funciona el mercado único cambia constantemente. Aunque se han eliminado muchos obstáculos, unos salen a la luz y otros seguirán haciéndolo y deben ser abordados. Por esta razón, la realización del mercado único es un proyecto en curso, debiendo la Unión garantizar la competitividad para mantener las libertades del mercado²²³.

El artículo 26 TFUE se remite, en lo que respecta a las diferentes libertades, a las diferentes disposiciones de los tratados. Si, como se ha visto al principio del presente epígrafe algunas libertades (y en concreto la libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) ya poseen respectivamente sus propias bases jurídicas, ¿Cuál sería entonces el sentido concreto del art. 114?

indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, siempre que se puedan prohibir u obstaculizar las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (p. 66).

²²⁰ Ya que, en tal caso, se trataría de la eliminación de un obstáculo. Ello ocurriría en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1993, asunto C-267/91, caso Keck y Mithouard. En el mismo se analizaba una ley francesa que prohibía de manera general la reventa a pérdida. El TJUE determinó, en su p. 17, que la aplicación de normativas de este tipo a la venta de productos procedentes de otro Estado miembro y conformes a las normas de este último Estado no podía impedir su acceso al mercado francés o dificultarlo en mayor medida que dificultaba el de los productos nacionales.

²²¹ KLAMERT, M. Y OTROS, «Commentary to article 26», cit., p. 471.

²²² Es un criterio interpretativo recogido por el TJUE: para analizar si una normativa interna contradice a una libertad del mercado concreta es preciso analizar el conjunto de disposiciones del Tratado relativas a la libertad concreta (en el caso comentado, libre circulación de personas) para determinar si se oponen a que se exijan requisitos. Vid. Sentencia de la Sala Sexta del TJUE de 20 de mayo de 1992, asunto C-106/91, caso Ramrath, p. 24.

²²³ BARNARD, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, 5, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 12.

Determinar el ámbito de aplicación del artículo 114 resulta extraordinariamente complejo en tanto que se derrama a lo largo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, si bien como se ha podido comprobar de su relación con el art. 26 TFUE pueden extraerse determinados principios generales.

En cualquier caso, para llegar a la determinación de si este precepto podría constituir la base más idónea para acometer una armonización de medidas en materia de Derecho procesal se hace necesario determinar sus límites, ya deslindados por la jurisprudencia del TJUE, dada la oceánica apariencia de su definición en abstracto.

2.1 Criterios generales para la determinación de la base jurídica

Con carácter previo al estudio de los límites legislativos que constreñirían la aplicación del art. 114, entendemos necesario una referencia a los criterios generales establecidos por la jurisprudencia del TJUE para la determinación de la base jurídica concreta para proceder a la armonización en un campo determinado.

La adecuación de la base jurídica de un acto legislativo debe sustentarse en función de elementos objetivos como su finalidad y su contenido principales o preponderantes (Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 22 de octubre de 2013, asunto C-137/12, caso Comisión contra Consejo, p. 74).

Con carácter general el art. 13-2 del Tratado de la Unión Europea establece que “*Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos*”, lo que imprime necesario rigor al legislador de la Unión para elegir la base jurídica adecuada y el procedimiento para cada acto legislativo.

Esto se traduce en el hecho, como sostiene el Dictamen del TJUE 2/00 de 6 de diciembre de 2001 (en relación al Protocolo de Cartagena) en su punto primero de que la elección de la base jurídica adecuada de un acto de la Unión reviste una importancia de naturaleza constitucional, dado que el recurso a una base jurídica errónea puede conllevar la invalidez del acto, en particular, cuando la base jurídica adecuada prevé un procedimiento de adopción distinto del efectivamente seguido.

Es preciso recalcar que el actual artículo 296 del TFUE establece en su párrafo primero que cuando el Derecho primario no establezca el tipo de acto que deba adoptarse,

las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad, lo que otorga un claro margen de maniobra al legislador. Ahora bien, como recalca el párrafo tercero de dicha norma, el Parlamento Europeo y el Consejo se abstendrán de adoptar actos legislativos no previstos por el procedimiento legislativo aplicable al ámbito de que se trate, exigiéndose un deber de motivación del acto legislativo.

Como sienta la mejor doctrina, y en concreto CRAIG, la división entre el poder de la Unión y el de los Estados miembros no se basa en una disposición constitucional general, y los tribunales son los principales responsables de determinar sus ramificaciones y concreciones en cada caso²²⁴.

Pero es igualmente cierto que el TJUE ha concedido al poder legislativo de la Unión Europea una amplia discreción cuando sus acciones implican opciones políticas, económicas y sociales y en las que se le pide que realice evaluaciones y valoraciones complejas²²⁵.

La elección de una base jurídica concreta es una materia compleja, en tanto a que la materia abordada en el acto legislativo en cuestión puede ser incardinable en la habilitación que prestan diversas bases. Pero como advierte la doctrina (WEATHERILL), aun apreciándose un margen de maniobra, la elección del método utilizado para armonizar es una cuestión de principio constitucional, y por tanto la identificación de una competencia para legislar no es voluntad absoluta del legislador. Y por tanto en la elección de la base jurídica no debe haber tanta discreción como una firme defensa constitucional de los límites en los que insiste el principio de atribución de competencias del art. 5 TUE. Esta defensa del principio de atribución en general viene delimitada por los límites de la armonización legislativa en aras de la pureza constitucional. Y los límites son ineludibles en tanto que la Unión no es susceptible de ampliar sus propias competencias²²⁶.

De este modo, el legislador debe basar su elección en criterios objetivos y, al evaluar las cargas asociadas a diversas medidas posibles, examinando si los objetivos perseguidos por la medida legislativa elegida son tales que justifican incluso consecuencias económicas negativas sustanciales para determinados operadores. Y el carácter manifiestamente desproporcionado de una medida adoptada en el ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida²²⁷.

²²⁴ CRAIG, P., «Competence: clarity, conferral, containment and consideration», *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 343-344.

²²⁵ Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-127/07, caso Société Arcelor Atlantique et Lorraine, p. 57.

²²⁶ WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a «Drafting Guide»», *German Law Journal*, vol. 12, 3, 2011, pp. 847-848.

²²⁷ Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 12 de enero de 2006, asunto C-504/04, caso Agrarproduktion Staebelow GmbH, p. 36.

Aun admitiendo el TJUE que la materia objeto de un acto legislativo podía encajar tanto en una base jurídica como otra del Tratado sin tener que someterse al procedimiento legislativo más gravoso, se hace una advertencia importante. Siguiendo la jurisprudencia sentada en la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 1987, asunto C-45/86, Comisión contra Consejo, en el marco del sistema de competencias de la Comunidad la elección del fundamento jurídico de un acto legislativo no puede depender únicamente de la convicción de una institución respecto al fin perseguido, sino que debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional (p. 11 de Comisión contra Consejo). De esta manera se exige una especial claridad y precisión en la motivación sobre todo si se adoptan bajo procedimientos legislativos con normas diferentes para la formación de voluntad.

Como se pone de relieve en los asuntos C-131/86 y C-68/86 (pp. 29 y 24 respectivamente) que serán tratados en el próximo epígrafe, la simple práctica de las instituciones legislativas de la Unión no puede ir contra las normas del Tratado. De este modo, la práctica no puede crear un precedente que vincule a las instituciones de la Unión en cuanto al fundamento jurídico correcto.

La elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Ello implicará realizar un juicio de la finalidad y el contenido de dicho acto en relación a la base jurídica a la que se pretende adscribir, y no sobre la base jurídica empleada para la adopción de otros actos que presenten características similares (Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 6 de noviembre de 2008, asunto C-155/07, Parlamento contra Consejo, p.34).

Si del examen de una medida muestra que persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble y uno de dichos objetivos o componentes puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, bajo el criterio del TJUE el acto legislativo deberá fundarse en una sola base jurídica. Y esta base jurídica será aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante. Así se determina en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 20 de mayo de 2008, asunto C-91/05, Comisión contra Consejo (p.73).

La consecuencia jurídica del incumplimiento de este patrón general, pregonable a todas las bases jurídicas residenciadas en el TFUE, será la nulidad del acto legislativo declarada a través del recurso de nulidad del art. 263 TFUE ante el TJUE (*“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos”*).

Cuestión distinta es que, como se estudiará en futuros epígrafes para ámbitos concretos del art. 114, el legislador de la Unión aplique criterios o estándares adicionales para comprobar el juicio de adecuación con la base jurídica (como los principios de proporcionalidad o subsidiariedad). Así pues, el criterio que se aplicaría sería determinar no solo si la medida es la única o la mejor medida posible, sino si es manifiestamente

inapropiada teniendo en cuenta el objetivo que la institución competente trata de alcanzar²²⁸.

En los próximos epígrafes se estudiará la aplicación de dichos márgenes al contenido específico del art. 114 TFUE.

2.2 Los límites de la Unión para legislar por la vía de la aproximación de legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior

El artículo 114 establece que el Consejo y el Parlamento Europeo pueden adoptar medidas de armonización “que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

No resultaría extraño determinar y constatar el claro peligro de la posible interpretación amplia e indebida que podría basarse en esta expresión. Es así que el Tribunal de Justicia no ha dudado en considerar que el artículo 114 supondría una facultad ilimitada. En la Sentencia de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98, caso Alemania contra el Parlamento y el Consejo se entendió que interpretar este artículo en el sentido de que confiere al legislador de la Unión Europea una facultad general para regular el mercado interior, sería claramente incompatible con el principio de atribución de competencias consagrado en el artículo 5-2 del Tratado de la Unión Europea, en cuya virtud las facultades de la Unión Europea se limitan a las que se le confieren específicamente los tratados.

En la búsqueda de un precedente similar a la aproximación de legislaciones del art. 114 TFUE en la historia moderna occidental resulta de particular interés el recurso al Derecho federal estadounidense. Si bien los Estados Unidos de América constituyen un estado soberano (a diferencia de la Unión Europea que se trata de una organización internacional con competencias atribuidas integrada por diferentes Estados soberanos), la estructura territorial y constitucional compuesta por diversos estados con sus respectivas competencias unidas por una legislación y jurisdicción federal comunes permiten establecer una analogía con el ordenamiento de la Unión Europea. A ello se sumaría su funcionamiento constitucional continuado desde 1787, vigente en la actualidad (si bien enmendado en diversas ocasiones).

²²⁸ KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1246.

En concreto el Derecho federal estadounidense establece la llamada cláusula de comercio o *Commerce Clause*. Para determinar el alcance del poder legislativo federal la Constitución de los Estados Unidos enumera las competencias en su art. Artículo I, Sección 8. En concreto su párrafo tercero establece que “*El Congreso tendrá el poder... para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias*”²²⁹. En su sentido originario, la cláusula de comercio implicó una retirada de la competencia legislativa de la regulación de las actividades comerciales tanto entre los Estados (interestatales, entendiéndose a las actividades que abarcaban más de un Estado) como internacionales, quedando en mano de los Estados la legislación sobre el comercio totalmente intraestatal. No obstante, la cláusula de comercio se ha entendido como una facultad federal limitada por la Corte Suprema de Estados Unidos, en casos como la Sentencia *United States v. Dewitt* - 76 U.S. (9 Wall.) 41 (1869), en la que se interpretó que la concesión expresa de la facultad de regular el comercio entre los Estados siempre se ha entendido como limitada por sus términos, y como una negación de cualquier facultad de interferir en el comercio interno y los negocios de los Estados separados. A modo de ejemplo algunas normas determinantes del ordenamiento estadounidense, como la Ley Sherman antimonopolio de 1890 fueron parcialmente restringidas en su aplicación por la Corte Suprema en su Sentencia *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895) por entender que la competencia federal tenía como objeto la uniformización del comercio, no de la fabricación (en el caso citado, de productos derivados del azúcar)²³⁰.

Como se ha comprobado la Corte Suprema de Estados Unidos ha hecho una interpretación restringida de la cláusula de comercio, pero incluso ha llegado a anular normas aprobadas por el Congreso por determinar que han sobrepasado los límites relativos a la cláusula de comercio. Así ha sucedido en la Sentencia *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), en la que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró inconstitucional la Ley de Zona Escolar Libre de Armas por la cual el Congreso prohibió la posesión de un arma de fuego a menos de mil pies de cualquier escuela, legislada en base a la cláusula de comercio. La Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que la posesión de un arma no era una actividad económica, su regulación excedía los poderes del Congreso reflejados en la Constitución. Además, la Corte observó que el Congreso no había determinado que la posesión de armas cerca de las escuelas fuese un factor que afectase sustancialmente al comercio interestatal²³¹.

Si bien el supuesto apuntado de Derecho federal estadounidense constituye una realidad lejana a la mayoría de tradiciones comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, no cabe duda que la lógica jurídica puesta de relieve por la Corte Suprema de

²²⁹ *The Congress shall have Power (...) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.*

²³⁰ BARNETT, R. E., «Commerce clause», *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, pp. 64-66.

²³¹ *Ibid.*, p. 67.

Estados Unidos puede ser trasladable al juego de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros que la componen, en relación al art. 114 TFUE.

Aunque el artículo 114 TFUE pueda parecer una suerte de “cajón de sastre” o comodín a partir del cual pueda acometerse la armonización de cualquier materia bajo el pretexto de tratarse de una condición favorecedora del mercado interior, lo cierto es que fácilmente podría considerarse que tal armonización lo sería *ultra vires*²³². En determinadas condiciones, un acto legislativo de derecho secundario o derivado podría ser susceptible de control por la vía del recurso de anulación contemplado en el art. 263 TFUE, a pesar de que la base jurídica invocada sea la del art. 115 TJUE.

Así sucedió, por primera vez, en la Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98, caso Alemania/Parlamento y Consejo. En este caso se debatió si el entonces art. 100A antes referido del Tratado de la Comunidad Europea constituía la base jurídica idónea para armonizar la Directiva 98/43 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. En tal caso el TJUE concluyó que el poder legislativo de la Unión había sobrepasado los límites de la competencia para armonizar las legislaciones nacionales que le otorga el Tratado por la vía de la armonización de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

Es preciso no obstante tener en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de esta resolución antes de determinar el alcance de la misma. No es la primera vez que el Tribunal de Justicia impugna un acto legislativo por sobrepasar los límites de la base jurídica sobre la que se ha edificado. Cabría aludirse a las Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 1988, asuntos C-131/86 y C-68/86, casos Reino Unido contra Consejo. En ellas se declaró la nulidad de las directivas 86/113, de 25 de marzo de 1986, por la que se establecen las normas mínimas relativas a la protección de las gallinas ponedoras en batería, y 85/649, de 31 de diciembre de 1985, por la que se prohibía la utilización de ciertas sustancias de efecto hormonal en el sector animal.

Ambas directivas habían sido armonizadas sobre la base del art. 43 del Tratado CEE, relativo a la determinación de líneas directrices de una política agrícola común. Y si bien es cierto que ambas directivas fueron anuladas por diferentes motivos²³³, lo cierto

²³² El requisito forzoso es el establecimiento o funcionamiento del mercado interior. La doctrina ha considerado que incluso si un objetivo del Tratado que no pueda reconducirse al funcionamiento del mercado interior no puede perseguirse mediante una medida de armonización sectorial, porque el Tratado no prevé un poder de armonización en ese ámbito político (como en el caso de la salud, la cultura, la educación y la protección de los derechos fundamentales), la competencia en el mercado internacional no puede utilizarse nunca en su lugar. Vid. CLAES, M. Y DE WITTE, B., «Competences: codification and contestation», en ŁAZOWSKI, A. y BLOCKMANS, S. (coords.) *Research handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 64.

²³³ La Directiva 86/113 fue anulada porque el Secretario General o personal introdujo modificaciones o correcciones en los textos adoptados por el Consejo, que excedían las rectificaciones de índole ortográfica o gramatical y que afectan a la motivación del acto. Y la Directiva 85/649 por infracción de las reglas de procedimiento del Reglamento interno del Consejo durante la tramitación de la misma, en tanto que utilizó

es que en la fundamentación jurídica de ambas sentencias se entendió que la no armonización bajo el art. 100 (actual 115) relativo a la armonización de disposiciones legales de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior (que, como se ha hecho referencia anteriormente, exigía una mayoría de unanimidad para acometer la armonización, más rígida que la base del art. 43 del Tratado) no debía de implicar necesariamente el empleo de una base jurídica inadecuada.

En el asunto C-131/86 el recurrente en nulidad entendía que debía emplearse un doble fundamento jurídico: el art. 43 antes referido y el art. 100, en tanto que la Directiva 86/113 perseguía dos objetivos distintos: uno en el ámbito de la política agraria, y otro en la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de protección de los animales, siendo este el objetivo esencial de la Directiva y encajable preferentemente en el art. 100 (p. 8). E idéntico razonamiento se seguía en el asunto C-68/86 al entenderse que la directiva tenía como finalidad, además de los objetivos de política agraria, la aproximación de las disposiciones legales con vistas a proteger los intereses y la salud de los consumidores. Y por tanto dicho objetivo no estaría amparado por el artículo 43 del Tratado, sino que corresponde al artículo 100 (p. 4). Por su parte, en el asunto C-131/86 la representación del Consejo entendió que el artículo 100 del Tratado se trataba de una disposición residual y subsidiaria que no resultaría aplicable al caso en cuestión, al mediar otra base jurídica más específica (art. 43 del Tratado) que por sí mismo constituiría un fundamento jurídico suficiente para la adopción de la Directiva.

En ambos casos considera el TJUE que la controversia sobre el fundamento jurídico correcto no tiene un alcance meramente formal, ya que los artículos 43 y 100 del Tratado contenían normas distintas para la formación de la voluntad del Consejo y por lo tanto un procedimiento administrativo diferenciado en razón de la propia base. Por lo tanto, la elección del fundamento jurídico tenía consecuencias en cuanto a la determinación del contenido de la Directiva impugnada (pp. 11 y 6 respectivamente).

Para ello el TJUE pasa a analizar el ámbito de aplicación material de la base jurídica más específica, que en ambos casos se trataba de los objetivos de la política agraria común. Y tras analizar el ámbito de aplicación el TJUE afirma que los objetivos de la política agraria común, sobre todo en el marco de las organizaciones comunes de mercados, no pueden perseguirse sin tener en cuenta o hacer abstracción de las exigencias de interés general, como la protección de los consumidores o la salud y la vida de personas o animales. Y en tales exigencias deben ser tenidas en cuenta por las instituciones comunitarias al ejercer sus competencias (pp. 17 y 12 respectivamente).

Y por ello concluye el TJUE que la base jurídica específica (art. 43) resultaba el fundamento jurídico apropiado para armonizar la normativa litigiosa en relación a la producción y a la comercialización de los productos agrícolas contenido en el Anexo II del Tratado de Roma, sin que fuese necesario recurrir al artículo 100 (pp. 19 y 14

el procedimiento escrito para la adopción de la Directiva impugnada, habiéndose opuesto a ello expresamente dos Estados miembros.

respectivamente). Por ello, incluso si las normativas perseguían objetivos en base al art. 100, si perseguían al mismo tiempo otros objetivos del tratado (como la política agraria comunitaria) no podía exigirse el amparo obligatorio en el art. 100 que permitía de forma general la adopción de directivas para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en relación al mercado interior, con objeto de restringir el ámbito de aplicación de otros preceptos del Tratado (pp. 21 y 16 respectivamente).

Igualmente, podrían plantearse las anteriores consideraciones, al contrario: fue discutido el supuesto en el que el acto legislativo fue armonizado bajo el entonces art. 100 del Tratado de Roma en lugar de la base jurídica específica (igualmente el art. 43 del Tratado CEE). Ello se debatió en la Sentencia del TJUE de 16 de noviembre de 1989, asunto C-131/87, caso Comisión contra Consejo.

En la misma se declaró la nulidad de las Directivas 87/64 del Consejo, de 30 de diciembre de 1986, por la que se modifican la Directiva 72/461 relativa a problemas de policía sanitaria en materia de intercambios comunitarios de carne fresca, así como de la Directiva 72/462, relativa a los problemas sanitarios y de policía sanitaria en las importaciones de animales de las especies bovina y porcina y de carne fresca procedente de terceros países. Tales directivas fueron acordadas sobre la base jurídica de los artículos 100 y 113 (sobre medidas arancelarias).

Las directivas aludidas regulaban requisitos para el comercio de determinados productos animales cuando estaba destinados al consumo humano. Estos mismos productos animales se encontraban comprendidos en el Anexo II del Tratado CEE, y por lo tanto les resultaban de aplicación las normas y objetivos de la política agraria común.

Y si bien la Directiva tenía por objeto la regulación uniforme de los requisitos para la comercialización de dichos productos en los intercambios comunitarios, el TJUE entendió que pertenecía al ámbito de aplicación del artículo 43 del Tratado y que, por tanto, no podía adoptarse sobre la base de los artículos 100 y 113 del Tratado CEE. Por ello el acto en cuestión fue anulado.

De este modo, el Tribunal de Justicia entendió que un acto legislativo adoptado sobre la base de las disposiciones tendentes a la aproximación del mercado interior no podía servir de base jurídica residual para armonizar materias ya previstas en otras bases jurídicas más específicas, ni siquiera bajo el pretexto de que el objeto del acto legislativo vaya dirigido a alcanzar, al mismo tiempo, objetivos que se persiguen sobre la base del artículo 100 del Tratado.

Una postura diversa adquirió en la Sentencia de 11 de junio de 1991, asunto C-300/89, caso Comisión contra Consejo o Dióxido de titanio, por la que se declaró la nulidad de la Directiva 89/428/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1989, por la que se fijan las modalidades de armonización de los programas de reducción con vistas a la supresión de la contaminación producida por los residuos industriales procedentes del dióxido de titanio.

La Directiva 98/428 pretendía fijar las modalidades de armonización de los programas de reducción de la contaminación provocada por los residuos procedentes de las centrales industriales con vistas a la supresión de dicha contaminación, en pos de mejorar las condiciones de competencia en el sector de la producción del dióxido de titanio, por lo que establecía regímenes de prohibición y limitación de los valores máximos de diversas sustancias nocivas.

En su tramitación inicial la Comisión fijó la base jurídica de dicha Directiva en el art. 100 A (como se ha expuesto anteriormente antecedente del actual art. 114 introducido con el Acta Única Europea). No obstante, el Consejo decidió modificar la base jurídica y adoptar la Directiva empleando como base jurídica en art. 130 S del Tratado CEE, en virtud del cual el Consejo decidiría la acción que la Comunidad debía emprender, a propuesta de la Comisión y a propuesta del Parlamento, como base jurídica habilitante dentro del capítulo correspondiente a la acción que la Comunidad podía emprender en materia de medio ambiente.

El TJUE, analizando el contenido de la Directiva, entendió que al obliga a reducir el vertido de residuos procedentes de centrales e imponer obligaciones relativas al tratamiento de los residuos procedentes de los procesos de producción del dióxido de titanio el contenido de la misma se refería al mismo tiempo y modo indisoluble tanto a la protección del medio ambiente como a la eliminación de las disparidades en las condiciones de competencia (p. 13 de Dióxido de titanio).

En el caso de la Directiva 98/428, el TJUE determinó que teniendo en cuenta su finalidad y contenido, se reúnen en la misma tanto el carácter de una acción en materia de medio ambiente (a efectos del artículo 130 S) como el de una medida de armonización que tiene por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, a efectos del artículo 100 A del Tratado ante el riesgo de que dichas disparidades creen o mantengan condiciones falseadas para la competencia (p. 16 de Dióxido de titanio).

Dada la disparidad de procedimientos legislativos vigente en el momento de la sentencia, y el diferente grado de involucración del Parlamento Europeo, el TJUE entendió que quedaba excluido recurrir a motivar la Directiva en un doble fundamento jurídico basado en los artículos comentados, haciéndose preciso determinar cuál de las disposiciones debatidas constituía la base jurídica más adecuada (p. 22 de Dióxido de titanio). No en vano es preciso destacar que, dada la regulación de la época que en diferentes procedimientos se establecía un mayor protagonismo a la Comisión, al Parlamento y al Consejo, el Tribunal de Justicia pasaba a desempeñar más intensamente el papel de un tablero de ajedrez en el que libraba una especie de “juego de competencias”²³⁴.

²³⁴ Así, a la luz del vigente Tratado CEE modificado por el Acta Única Europea, el Consejo adoptaba su decisión por mayoría cualificada en cooperación con el Parlamento en el procedimiento del art. 100 A, mientras que en el procedimiento del art. 130 S se pronunciaba con unanimidad y previa consulta al Parlamento, como ejemplo. Antes del Acta Única el artículo 100 sólo preveía la adopción de medidas tendentes a la armonización del mercado interior por la vía de la unanimidad que pasó a adoptarse por

De ahí que el TJUE entendiéndose que las disposiciones en materia de medio ambiente podían ser una carga para las empresas a las que se aplican y la competencia podría resultar sensiblemente falseada. Por ello entendió que una acción dirigida a aproximar las normas nacionales relativas a las condiciones de producción en un sector determinado de la industria, con el fin de eliminar las distorsiones de la competencia en este sector, puede contribuir a la realización del mercado interior y de este modo pertenecería al ámbito de aplicación del artículo 100 A del Tratado CEE como base jurídica particularmente adaptada a la consecución del mercado interior (p. 23 de Dióxido de titanio).

Y a mayor abundamiento el art. 100 A-3 del Tratado de la Comunidad Económica Europea preveía una habilitación específica (mantenida en el actual art. 114-3 TFUE) en materia de medio ambiente siempre que la medida tenga por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Y mediando esta especificidad de la base jurídica el Tribunal entendió colmada la necesidad de que el objetivo de protección del medio ambiente pudiese perseguirse eficazmente a través de medidas de armonización por la vía del art. 100 A. En base a esta interpretación, se entendió que la Directiva 89/428 debió haberse basado en el art. 100 A y no en el 130 S, y por lo tanto se declaró su nulidad (pp. 24 y 25).

Del asunto Dióxido de titanio se extrae una idea fundamental: si un asunto puede ser armonizado por una vía preferente de las contenidas en el propio art. 114-3 consideradas como de nivel de protección elevado (junto con la salud, la seguridad y la protección de los consumidores), el legislador comunitario deberá basar el acto legislativo en este precepto, generándose una especie de *vis expansiva*. Sería la única forma de interpretar esta sentencia de forma coherente con los asuntos C-131/86, C-68/86 y C-131/87 antes referidos, que contemplan el art. 114 como una base jurídica más residual y aplicable solo en defecto de aquellos casos en los que no haya otra base jurídica más específica.

Y es que el razonamiento de la repercusión de una materia en la posible contribución a la realización del mercado interior implica un concepto jurídico en exceso indeterminado, que podría fácilmente argumentar que un asunto puede o no incluirse en el ámbito de aplicación del art. 114 TFUE.

En cualquier caso, el TJUE retomó la interpretación originaria en la Sentencia de 19 de marzo de 1991, asunto C-202/88, Francia contra Comisión, en la que se declararon nulos diversos preceptos de la Directiva 88/301, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones. Dicha Directiva estaba armonizada sobre la base del art. 90 del Tratado CEE, relativo a la acción de la

mayoría cualificada. De este modo y como constata la doctrina, el aumento de la votación por mayoría cualificada en el Consejo abrió la posibilidad de que los Estados miembros respondieran a las derrotas políticas de pérdida de votación en el Consejo mutándolo en una batalla judicial, tratando de persuadir al Tribunal de que la legislación controvertida no entraba en el mandato del Tratado. Vid. WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"», cit., p. 830.

Comisión sobre los Estados miembros que adoptasen o mantengan derechos especiales y exclusivos sobre las empresas.

El TJUE, desestimando parcialmente el recurso de nulidad de Francia, admite que, aunque el artículo 100 A se refiere a la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, el art. 90, versaba sobre otras medidas diferentes respecto a la que se imponía a la Comisión un deber de vigilancia. De este modo se entendió que el objeto de las facultades que el art. 90 confiere a la Comisión era una base jurídica diferente y más específica que el de las facultades del artículo 100 A (pp. 24 y 25 de Francia contra Comisión).

Y es de este modo como se llega a la Sentencia C-376/98, Alemania contra Parlamento, de especial relevancia en la delimitación de los límites del art. 114 y ya aludida al inicio de este epígrafe.

Como pone de relieve la doctrina, la referida decisión supuso una importante afirmación de la función constitucional del TJUE en el control del ámbito de acción legislativa de la Unión, debiéndose limitar a lo encomendado en los Tratados fundacionales²³⁵.

El objeto del procedimiento consistió en la anulación de la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. Las bases jurídicas sobre las que se sustentaba la referida Directiva eran la 57-2 (relativo a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas y su procedimiento legislativo), el art. 66 (sobre la expresa aplicación del procedimiento legislativo contenido en el art. 57 al ámbito de servicios) y el ya comentado art. 100 A.

En como aparecía en su objeto (art. 1) la Directiva 98/43 tenía por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

Con carácter principal el TJUE entendió que el art. 100 A del Tratado CE estaba destinado a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. De este modo a juicio del Tribunal interpretar dicho artículo en el sentido de que atribuía al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería contrario al propio tenor literal del precepto, y además incompatible con el principio de atribución de competencias (p. 84 de Alemania contra Parlamento).

En la opinión del Tribunal, un acto (legislativo) adoptado sobre la base del artículo 100 A debía tener por objeto la mejora efectiva de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. De este modo se establecen los siguientes

²³⁵ *Ibid.*, p. 830.

presupuestos de aplicación para entender la válida armonización bajo el tenor del art. 114 TFUE: (1) la comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y (2) la existencia de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales del mercado interior o de distorsiones de la competencia que pudiesen resultar de tales disparidades. De esta forma podría justificarse la elección del artículo 100 A como base jurídica (p. 85 de Alemania contra Parlamento)²³⁶. De esta forma se configura el análisis de verificación del hecho de si un acto legislativo puede adoptarse bajo la base del art. 100 A (hoy 114 TFUE).

Ya en la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1995, asunto C-350/92, España contra Consejo, se cuestionó la idoneidad del art. 100 A como base jurídica para la armonización acometida con el Reglamento n° 1768/92 del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos. El TJUE constató que las disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros requieren medidas de armonización en la medida en que tales disparidades pudieran obstaculizar la libre circulación de mercancías²³⁷.

El análisis descrito es aplicado en Alemania contra Parlamento. El primer considerando de la Directiva 98/43 constataba las divergencias entre las regulaciones nacionales en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco; y señalaba que, en tanto que la publicidad y este patrocinio traspasan las fronteras de los Estados miembros, las disparidades podían dificultar la libre circulación de los productos.

De este modo el TJUE llegó a admitir que las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales en materia de publicidad de los productos del tabaco implican que era probable que surgiesen obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios (p. 96 de Alemania contra Parlamento). Y que por lo tanto, en base al art. 100 A podría haber encajado, a modo de ejemplo, la adopción de una Directiva que prohibiese la publicidad de los productos del tabaco en las revistas y periódicos, con el fin de garantizar la libre circulación de estos productos de prensa (p. 98) de la misma

²³⁶ Aun así, como recalca la propia jurisprudencia, una vez probada la existencia de obstáculos a los intercambios, no es necesario que se demuestre también la existencia de distorsiones de la competencia para justificar la aplicación del art. 114. Vid. Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-380/03, Alemania contra Parlamento, p. 67.

²³⁷ En el caso España contra Consejo la representación procesal española sostuvo que el Reglamento impugnado no perseguía la consecución de los objetivos del mercado interior. Tal era que el certificado complementario de protección de medicamentos, por su propia naturaleza, contribuía a prolongar la compartimentación del mercado más allá de la duración de la patente de base. Es decir, al prolongarse la limitación temporal de comercialización del medicamento por las empresas titulares del derecho de patente, el certificado complementario impedía a la industria de medicamentos genéricos entrar en libre competencia con las titulares del certificado, en claro perjuicio de los consumidores. La respuesta del TJUE, en el p. 14 de España contra Consejo, fue que el Reglamento impugnado creaba una solución uniforme a nivel comunitario, al establecer un certificado complementario que podía ser obtenido en las mismas condiciones en todos los Estados miembros. Este desarrollo de condiciones legislativas uniformes fue el argumento esgrimido por el TJUE para no admitir la nulidad del Reglamento. Además, se pretende una desfragmentación del mercado, en el sentido de evitar la protección disforme en los diferentes Estados miembros que hubiesen adoptado una regulación al efecto.

manera que la Directiva 89/552 prohibía²³⁸, en su artículo 13, la publicidad televisada de los productos del tabaco con el fin de promover la libre transmisión de los programas de televisión. Pero interpretamos que, en todo caso, el fin último de la prohibición en última instancia hubiese tenido la utilidad de ser la forma de garantizar de la libre circulación de un tipo concreto de productos o servicios (productos de prensa), no una mera prohibición.

A pesar de ello, la prohibición genérica que hacía la Directiva 89/552 en su art. 3-1, de gran parte de las clases de publicidad de los productos (en palabras de la misma “queda prohibida en la Comunidad toda clase de publicidad o de patrocinio del tabaco”) se entendió no justificada por la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios. Dicho de otro modo, la prohibición no contribuía en absoluto a facilitar los intercambios comerciales de los diferentes productos (poniendo el TJUE como ejemplos los carteles u objetos utilizados en restaurantes u hoteles como parasoles o ceniceros), como se resalta en el p. 99 de Alemania contra Parlamento. En ese punto el TJUE entendió que la Directiva fue demasiado lejos, y que una prohibición tan genérica no ayudaba a facilitar el comercio de los productos en cuestión.

Dicho de otro modo, la mera constatación de disparidades entre normas nacionales o la existencia de un riesgo abstracto de obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales del mercado interior o de distorsiones de la competencia no pueden bastar para justificar el control judicial de la aplicación del art. 114 en una acción legislativa²³⁹. De lo contrario, y como advierte el TJUE en el caso Alemania contra Parlamento, las competencias del legislador comunitario no tendrían límite alguno (p. 107).

En ese sentido el TJUE pone que la Directiva 89/552 no garantizaba la libre circulación de los productos que se ajustasen a sus disposiciones, ni ningún tipo de disposición que permitiese la libre circulación de los productos que se adecuasen a la misma. Y que si bien en base al art. 100 A un acto legislativo podía contener disposiciones que no contribuyesen en modo alguno a eliminar los obstáculos a las libertades fundamentales del mercado interior, en cambio sí que es necesario que las disposiciones evitasen la elusión de determinadas prohibiciones que tienen tal objetivo. Ninguna de estas circunstancias concurriría en la prohibición de la Directiva (pp. 100 y 101 de Alemania contra Parlamento).

De esta forma el TJUE entendió que el legislador comunitario no podía prohibir con carácter general la publicidad de productos del tabaco para basarse en la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios y a la libre prestación de servicios para adoptar la Directiva 89/552 sobre la base de los artículos 100 A (p. 105).

²³⁸ Materia hoy regulada en la Directiva 2010/13, de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

²³⁹ WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court’s Case Law has become a “Drafting Guide”», cit., p. 832.

Para reafirmar la efectiva incompetencia del poder legislativo de la Unión para actuar bajo el paraguas del art. 100 A el TJUE se escudó en un criterio positivo que ya empleó para descartar la competencia de otro precepto en favor de la aproximación del mercado interior: el fin de eliminar las distorsiones de la competencia en un sector de la industria, como hizo en el caso Dióxido de titanio antes comentado.

El TJUE admite que las diferencias existentes entre determinadas regulaciones en materia de publicidad del tabaco pueden provocar distorsiones sensibles de la competencia, con la consiguiente fragmentación del mercado²⁴⁰ (p. 110 de Alemania contra Parlamento). Pero a juicio de la Comisión, el intento de evitar distorsiones tampoco puede ser un argumento para el empleo del art. 100 A como base jurídica para establecer la publicidad general de un producto a través de una Directiva.

De este modo, el TJUE entiende que la Directiva tampoco sería el vehículo adecuado para suprimir distorsiones “sensibles” de la competencia en el sector. En el caso estudiado, el Tribunal entiende que la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco supondría una generalización de una restricción en el modo de competir, que limitaría en los Estados miembros los medios que disponen los operadores económicos para acceder al mercado o mantenerse. Por ello se diferencia entre distorsión de la competencia y la restricción en el modo de competir. La divergencia estribaría en que la “diferencia en el modo de competir” se aplicaría de la misma forma a todos los operadores económicos en esos Estados miembros (como la publicidad de los productos del tabaco, cuya prohibición general limitaría por igual en todos los Estados los medios que disponen los operadores económicos para acceder al mercado o mantenerse), lo que supondría una medida en cierta forma neutral, en contraposición a la distorsión que pretendería de forma más concreta conjurar los perjuicios a la competencia que se derivarían de la no armonización de las disposiciones nacionales en la materia²⁴¹ (y la consiguiente desigualdad de diversos regímenes legales internos), como se desprende en el p. 113 de Alemania contra Parlamento.

Por todo ello el TJUE entendió que el legislador comunitario no podía basarse en la necesidad de suprimir distorsiones de la competencia, al no suponer la prohibición general de publicidad del tabaco una genuina distorsión de la competencia ni en el sector de la publicidad ni del tabaco. Se presentaría de este modo difícil invocar una distorsión apreciable de la competencia para justificar el uso del art. 114 como base jurídica para una prohibición total de una actividad.

De este modo el objeto de la medida legislativa armonizada bajo el actual art. 114 debe ser una mejora de la condición para el funcionamiento y establecimiento del mercado interior. Y, por lo tanto, si el riesgo de violación de las normas del mercado o la

²⁴⁰ Es un argumento similar al empleado en el caso España contra Consejo antes referido sobre la fragmentación del mercado. En este sentido, la prohibición en unos Estados de la publicidad o patrocinio de productos del tabaco y su permisibilidad en otros podría repercutir, a modo de ejemplo, en la retransmisión de determinadas competiciones deportivas, provocando importantes repercusiones en las condiciones de competencia de las empresas vinculadas.

²⁴¹ Vid. Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 1980, asunto C-91/79, caso Comisión/Italia, p. 8.

distorsión es abstracto, no bastaría para justificarse el recurso al art. 114. El efecto de las diferencias de las legislaciones nacionales en el funcionamiento del mercado interior debe ser directo, o la distorsión de la competencia apreciable. En cualquier caso, el Tribunal en el caso Alemania contra Parlamento se posiciona a favor de una suerte de armonización preventiva en la que se recurriría al art. 114 como base jurídica para evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales (p. 86). No obstante, la aparición de tales obstáculos debe ser como mínimo probable y la medida de que se trate debe tener por objeto la prevención de los mismos.

De este modo el TJUE corrigió la acción legislativa de la Unión al entender que ni se proponía realmente eliminar un obstáculo a una libertad del mercado ni una distorsión de la competencia.

Como interpreta la doctrina, en Alemania contra Parlamento el TJUE recriminaba implícitamente al legislador de la Unión de haber utilizado la cobertura de la armonización para introducir indirectamente medidas de política de salud pública (hoy regulado en el art. 168 TFUE). Constituye de este modo un requisito y presupuesto para la aplicación del art. 100 A (hoy art. 114) que se vincule la armonización legislativa con el establecimiento y funcionamiento del mercado interno como se define en el artículo 26 del TFUE. De este modo Tratado no autorizaría una medida que sólo tiene el efecto incidental de armonizar las condiciones del mercado dentro de la Unión. O como podría interpretarse igualmente, a la luz del art. 114 la Unión solo puede intervenir para subsanar la diversidad entre las legislaciones nacionales sólo cuando se demuestre que esa diversidad es perjudicial para la realización del mercado interior²⁴².

Y si bien la jurisprudencia comentada al inicio del presente epígrafe admitía la posibilidad de que un acto legislativo estuviese motivado en dos bases jurídicas diferentes si se perseguían los dos objetivos de las respectivas bases (incluyéndose el establecimiento y funcionamiento del mercado interior) lo que en modo alguno podría admitirse, atendiendo al criterio de Alemania contra Comisión, sería que la principal fuese otra no incluida en la motivación del acto legislativo (como sucedió con la salud pública).

No es la primera vez que el Tribunal de Justicia considera que los otros intereses no deben ser el propósito principal de la armonización basada en el art. 114 TFUE. La jurisprudencia anterior a Alemania contra Parlamento entiende que dicho precepto no puede utilizarse cuando la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior sea un objetivo meramente secundario. Ello sucede, además del caso Dióxido de titanio antes referido, en la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 1994, asunto C-187/93. En tal caso se impugnaba el Reglamento n° 259/93, aplicable a los traslados de residuos. A juicio del Tribunal el Reglamento litigioso se situaba en el marco de la política de medio ambiente perseguida por la Comunidad y no podía ser considerado como dirigido a ejecutar la libre circulación de los residuos dentro de Comunidad (aplicándose el art.

²⁴² WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"», cit., pp. 829-830.

130 S en lugar del 100 A), en tanto que se perseguía la protección del medio ambiente. Y aunque armonizándose los requisitos en los que se efectúa la circulación de los residuos, surte efectos sobre la circulación incidiendo en el funcionamiento del mercado interior, el efecto de armonización en tal supuesto es accesorio (pp. 23-25).

Otro ejemplo dado en la jurisprudencia posterior sería la Sentencia de la Gran Sala de 22 de octubre de 2013, asunto C-137/12, caso Comisión contra Consejo. En el mismo se anuló la Decisión 2011/853 del Consejo, de 29 de noviembre de 2011, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Convenio europeo sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional (es decir, a cambio de una suscripción). Bajo la consideración del TJUE el objetivo principal dicha decisión guardaba una relación específica con la política comercial común (al tratarse de un acuerdo de la Unión con terceros países), hecho que imponía utilizar como base jurídica para su adopción el artículo 207 TFUE-4 en relación con el artículo 218-5. El hecho de que la firma de dicho convenio por la Unión mejorase las condiciones de funcionamiento del mercado interior constituía de este modo un objetivo accesorio o claramente secundario de dicha Decisión, que no justificaba su adopción sobre la base del artículo 114 TFUE (p. 76).

Como se ha hecho alusión, el hecho de si el objetivo es accesorio o secundario dependerá en gran medida del hecho de si el artículo 114 constituye la vía para eludir la aplicación expresa de bases jurídicas específicas contenidas en el TFUE (sentencia C-131/87), como sucedió con la salud pública en Alemania contra Parlamento.

Esta interpretación que efectúa el TJUE sobre el art. 114 reviste de especial importancia, sobre todo a la luz del principio de atribución de competencias de la Unión. Como recalca el art. 4-1 del actual Tratado de la Unión Europea, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. Y como constata el propio Tribunal de Justicia, interpretar el art. 114 en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general (no condicionada o supeditada al establecimiento y funcionamiento del mercado) para regular el mercado interior sería no sólo contrario a su propio tenor, sino al mismo principio de atribución de competencias (p. 83 de Alemania contra Parlamento).

Como valoran algunos autores, la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en Alemania contra Parlamento puede tener repercusiones de índole positivo: cuando el TJUE define un obstáculo o restricción en relación a la libre circulación o las prohibiciones del tratado, de igual forma está ayudando a definir los tipos de materias que pueden armonizarse²⁴³.

De este modo el recurso al art. 114 como base jurídica sólo estaría justificado cuando las medidas tienen realmente por objeto mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior o cuando existen diferencias entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados Miembro que

²⁴³ DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», *European Law Journal*, vol. 21, 1, 2015, p. 21.

pueden obstaculizar las libertades fundamentales y, por lo tanto, tienen un efecto directo en el funcionamiento del mercado interior²⁴⁴. O dicho de otro modo un impacto real sobre el mercado unido a la necesidad de poner fin a una disparidad normativa que afecte a intercambios comerciales o la competencia²⁴⁵. De lo contrario y como considera el propio TJUE en la sentencia comentada se correría el peligro de incurrir en una interpretación demasiado amplia que ampararía una facultad abierta al legislador europeo incompatible con el principio de atribución de competencias a la Unión.

La jurisprudencia ha ido dibujando otro requisito adicional, en sintonía con lo antedicho: el art. 114 sólo puede emplearse como base jurídica cuando se deriva objetiva y efectivamente que su finalidad es mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior²⁴⁶.

Es preciso recalcar igualmente otra cuestión, al hilo de los límites: el artículo 114 TFUE no es una base jurídica adecuada para introducir un régimen jurídico coexistente del derecho de la Unión que complemente el derecho nacional sin armonizarlo ni sustituirlo. De este modo, si el Derecho de la Unión crea nuevas disposiciones que se superponen a las disposiciones nacionales sería preciso acudir a otro fundamento jurídico, como es el art. 352 relativo a las competencias implícitas, suponiendo otro límite adicional al art. 114. Tal cuestión fue puesta de relieve por el TJUE en el punto 59 de su Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, siendo el cauce apropiado para crear derechos nuevos superpuestos a los derechos nacionales, que no se deriven de las diferencias de las legislaciones de los Estados miembros²⁴⁷.

De hecho, el protocolo nº 27 al TFUE considera que la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del TFUE para garantizar el no falseamiento de la competencia en el mercado interior. Por ello algunos autores (DAVIES) entienden que se crea cierta ambigüedad en cuanto a

²⁴⁴ KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1242.

²⁴⁵ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 119.

²⁴⁶ Como sucede en relación a la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 6 de diciembre de 2005, asunto C-66/04, en el que se discutió la validez de la Directiva 88/388, de 22 de junio de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito de los aromas que se utilizan en los productos alimenticios (p.44). Como apuntó la abogada general Juliane Kokott en sus conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2005 al asunto, en relación con los aromas utilizados en los productos alimenticios existían procedimientos que podían tener resultados diferentes. Ello podía provocar una obstaculización a la libre circulación de tales productos, en tanto que podrían retirarse los mismos de los diversos mercados por motivo de salud pública. Un razonamiento similar se repite en el p. 113 de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 22 de enero de 2014, asunto C-270/12, en relación a los requisitos y facultades en relación con las ventas en corto y las permutas de cobertura por impago.

²⁴⁷ Tal fue la base jurídica aplicada al Reglamento nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, de indudable impacto procesal como se hará referencia más adelante. El actual Reglamento 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea sí se edifica sobre una base jurídica específica, el art. 118 introducido con el Tratado de Lisboa, sobre creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual.

si el artículo 114 o el artículo 352 del TFUE sería el fundamento jurídico más adecuado para las medidas destinadas a ello²⁴⁸.

2.3 La validez del recurso a la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como cauce de armonización. Especial referencia a los altos niveles de protección y los principios de proporcionalidad y subsidiariedad

En cualquier caso, no puede dejarse de lado el hecho de que la habilitación para la armonización en la consecución del mercado interior crea una capa discreta de reglamentación de la UE que afecta diferentes sectores como la protección del medio ambiente, el derecho de los consumidores, la política de salud pública, la cultura, etc. Todos estos sectores han ido adquiriendo una dimensión legislativa vertebrada en la Unión a través de la vía de las medidas destinadas al establecimiento del mercado interior. Como se ha apuntado, el margen de actuación es amplio pero el legislador comunitario puede no tener que recurrir a disfrazar la motivación de las bases jurídicas de nuevas regulaciones en sus iniciativas de armonización. Lo que tendría que hacer, como reconoce la doctrina, es vincular la dimensión de la nueva reglamentación con firmeza suficiente a la función de creación de mercados de la armonización. Esa meta no es difícil, entre otras razones porque a pesar de la opinión sostenida en Alemania contra Parlamento suele ser generoso en la interpretación del alcance de la concesión legislativa²⁴⁹. Además, y como se ha hecho referencia, el Tratado y el concepto de mercado interior que se contiene en el mismo es particularmente amplio.

No sería razonable, como apunta la doctrina, exigir la prueba de un efecto causal estricto con el cumplimiento del requisito de contribución al mercado interior, sino más bien a los efectos. Esto incluiría los objetivos del tratado de carácter social, y también teniendo el hecho de que el mercado interior no sólo comprende una parte de producción y salud, sino también como un correlato necesario de compra y consumo²⁵⁰.

Los requisitos limitativos de aplicación del art. 114 TFUE no se oponen a que se tengan en cuenta intereses distintos de la integración del mercado cuando se adopten

²⁴⁸ DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», cit., p. 9.

²⁴⁹ WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"», cit., p. 843.

²⁵⁰ CLOSE, G., «Harmonisation of laws: use or abuse of the powers under the ECC Treaty?», *European Law Review*, 3, 1978, p. 480.

medidas de armonización de conformidad con dicho artículo 114. En particular, el propio artículo se remite a la necesidad de alcanzar altos niveles de protección en las esferas de la salud, la seguridad, la protección del medio ambiente y la protección del consumidor, de conformidad con el artículo 114-3 del TFUE, pasando el art. 114 a complementarse con otros preceptos del Tratado que abordan políticas, actividades o regulaciones concretas²⁵¹. Y como sienta la propia jurisprudencia del TJUE, el mero hecho de que esos objetivos sean un factor decisivo en las decisiones que se adopten no puede impedir que el legislador de la Unión utilice el artículo 114-1 TFUE como base jurídica²⁵².

De hecho, la jurisprudencia del TJUE ha ido paulatinamente interpretando la legislación desarrollada en virtud del art. 114, admitiendo la virtualidad de dicho precepto para sostener armonizaciones en sus diversas concepciones, y en particular cuando el objeto de la armonización ha sido precisamente de materia incluida en su párrafo tercero, en el que se requiere un nivel de protección elevado.

Parecería incluso desprenderse, como se analizará, una filosofía en el art. 114 de conciliar lo económico con lo no económico, gozando la materia no económica incluso de una especie de superioridad jerárquica, en la medida en que limitan la forma en que se han de perseguir los objetivos económicos (vid. como ahora se citará Sentencia Vodafone). Aun así, búsqueda de las libertades del mercado y la competencia sin distorsiones se erige como una condición para la armonización²⁵³. Por ello puede suceder que el principal impacto del acto legislativo no sea la búsqueda de la libertad del mercado o la distorsión de la competencia, sino que simplemente se facilite²⁵⁴. En cualquier caso se admite el carácter potestativo de esta vía²⁵⁵.

Una de estas primeras resoluciones, dictadas con posterioridad a Alemania contra Parlamento ha sido la Sentencia de la Gran Sala de 14 de diciembre de 2004, asunto C-

²⁵¹ Por ejemplo, la Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 4 de mayo de 2016, asunto C-547/14, caso Philip Morris Brands y otros, admite la armonización al amparo del art. 114 de la Directiva 2014/40, en materia de fabricación y producción de productos del tabaco aceptando que el art. 168-1 TFUE, preceptúa que, al definirse y ejecutarse las políticas y acciones de la Unión, ha de garantizarse un alto nivel de protección de la salud humana, al mismo tiempo que el art. 114 TFUE-3, exige que en la armonización realizada, se garantice un nivel de protección elevado de la salud humana. Por su parte, respecto a la protección ambiental, la Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2017, asunto C-549/15, caso E.ON Biofor relaciona en su p. 48 el artículo 11 TFUE (que dispone que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión), con el artículo 114 TFUE-3 que garantiza un nivel de protección elevado del medio ambiente.

²⁵² KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1243. En particular, como recuerda el TJUE en su Sentencia de 10 de diciembre de 2002, asunto C-491/01 (p.62) si se cumplen los requisitos para recurrir al art. 114 (entonces art. 95 del Tratado CE) como base jurídica, no puede impedirse al legislador comunitario que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse.

²⁵³ DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», cit., pp. 10-11.

²⁵⁴ Como la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, legislado sobre las bases de los arts. 114 y 168, en vistas a la garantía de un nivel elevado de protección de la salud humana.

²⁵⁵ A pesar de los altos niveles de protección que se deben alcanzar de conformidad con el art. 114-3 del TFUE no existe la obligación de adoptar el nivel de protección más alto que pueda encontrarse en cualquier Estado Miembro en particular, como recuerda KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., 1245.

210/03, caso *Swedish Match*, en el que se admitió la validez de la Directiva 2001/37/CE, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco²⁵⁶.

En este caso el TJUE interpreta que el párrafo tercero del art. 95 (actual art. 114) exige de forma expresa que, en la armonización se garantice un nivel de protección elevado de la salud humana. En este caso, se establecen dos requisitos (p. 33 de *Swedish Match*) para admitir la adecuación de la materia armonizada: (1) por un lado, que se respete lo previsto en el propio tenor del art. 114-3, y (2) por otro que se respeten los principios jurídicos que constan en el Tratado o establecidos por la jurisprudencia, en especial el principio de proporcionalidad (actualmente regulado en el art. 5-4 del TUE, requiriendo que *“el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”*).

En el escenario en el que se pretendía armonizar la Directiva 2001/37 varios Estados habían prohibido la comercialización de determinados productos del tabaco de uso oral, el Tribunal entendió que dichas prohibiciones de comercialización contribuían a una evolución heterogénea de este mercado y, de esta forma, podían constituir obstáculos a la libre circulación de mercancías (p. 38 de *Swedish Match*). Además, quedó constancia de la previsibilidad de la posible adopción de medidas destinadas a desincentivar más eficazmente el consumo de productos del tabaco o su prohibición. De este modo quedó probada la existencia de obstáculos a la libre circulación de mercancías en el mercado de productos del tabaco, así como la evolución heterogénea de las condiciones de comercialización de los productos de tabaco de uso oral en los distintos Estados miembros, que justificaba la intervención del legislador de la Unión (pp. 40 y 41 de *Swedish Match*).

Se discutió igualmente la adecuación del art. 8 de la Directiva 2001/37, que prohibía a los Estados miembros la puesta en el mercado de los tabacos de uso oral, cuya motivación de su prohibición consistía en que era la única medida adecuada frente al riesgo real de que fuesen los jóvenes los que consuman estos nuevos productos. No puede dejarse de lado la opinión del TJUE vertida en Alemania contra Parlamento. Como criterios para apartarse de dicha jurisprudencia, el TJUE esgrimió en primer lugar que dicha prohibición había sido dictada habiéndose demostrado que presentaban graves riesgos para la salud, los cuales debían ser tenidos en cuenta por el legislador comunitario (p. 53 de *Swedish Match*), cumpliéndose el actual requisito del art. 114-3 TFUE²⁵⁷.

De este modo, aun mediando una prohibición, se entendió cumplido el fin de la obligación de basarse en un nivel elevado de protección en materia de salud (art. 114-3). Y es que cumpliéndose los requisitos para recurrir al artículo 114 como base jurídica, no

²⁵⁶ Actualmente Directiva 2014/40, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados.

²⁵⁷ *“se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos”*.

puede impedirse al legislador comunitario que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse (p. 31 de *Swedish Match*).

El principio de proporcionalidad, considerado como principio general del Derecho comunitario, exigía que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo propuesto y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo. En base a dicho principio, y de consonancia a la jurisprudencia constante, debía reconocerse al legislador de la Unión una facultad de discreción amplia en las materias en las que debe tomar decisiones de naturaleza política, económica y social y realizar apreciaciones complejas. Dada esta facultad, sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente podía ser susceptible de afectar a la legalidad de tal medida (p. 48 de *Swedish Match*).

El criterio político era que la prohibición de comercialización de los productos del tabaco de uso oral era la única medida adecuada frente al riesgo de que los jóvenes consumiesen tales productos y su consiguiente nocividad a la luz de la trascendencia científica. De esta forma, a la luz del principio de proporcionalidad el TJUE entendió que la prohibición de comercialización de los productos del tabaco de uso oral era una medida necesaria, y no existía una medida alternativa que permitiese alcanzar este objetivo de forma igualmente eficaz (p. 56 de *Swedish Match*)²⁵⁸.

En definitiva, se entendió la materia incluida en el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección de la salud de las personas (art. 114-3). Y en lo que respecta al respeto del principio de proporcionalidad, no se entendió que la prohibición fuese manifiestamente inadecuada.

Otra manifestación podría reseñarse en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 12 de julio de 2005, asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04, caso *Alliance for Natural Health*, en el que se discutía la validez de algunos preceptos de la Directiva 2002/46, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios.

En el examen de la validez conforme al art. 95 (actual 114) del Tratado CE se admitió que los complementos alimenticios estaban sujetos a normas nacionales diferentes, y como tales podían obstaculizar su libre circulación y crear condiciones

²⁵⁸ Como recalca el mismo Tribunal, las medidas alternativas no tendrían el mismo efecto preventivo en términos de protección de la salud. Entre ellas se encontraban la imposición a los fabricantes de normas técnicas para limitar los efectos nocivos del producto, o la regulación del etiquetado de los envases de este producto y de sus condiciones de venta, en especial a menores de edad (p. 57). En otras ocasiones el TJUE se ha limitado a hacer una valoración general de la adecuación al principio de proporcionalidad frente al argumentado carácter desproporcional de la medida legislativa, como se efectúa en la Sentencia que deriva de los asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04 (a los que se aludirá más adelante), especificándose simplemente que la materia armonizada constituye es idónea para alcanzar el objetivo que persigue y que, dada la obligación del legislador comunitario de garantizar un nivel elevado de protección de la salud de las personas, no exceden de lo necesario para lograr tal objetivo (p. 111).

desiguales de competencia. Por lo tanto, era posible que en esta tesitura mediase un efecto directo sobre el funcionamiento del mercado interior (p. 35 de Alliance for Natural Health). De esta forma se impedía la comercialización legal de los complementos alimenticios, generando un número de reclamaciones de los operadores económicos a la Comisión debido a las divergencias entre las normas nacionales (p. 37). Y aunque se habían tenido en cuenta consideraciones sobre salud humana se entendió que tales disposiciones afectaban de forma secundaria o accesorio al comercio internacional de complementos, por lo que el recurso a dicha base jurídica resultaba admisible.

Mayor trascendencia entraña el juicio del TJUE a la luz del principio de subsidiariedad, hoy contenido en el art. 5-3 del TUE, en cuya virtud *“en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”*.

El TJUE se remite al Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, hoy Protocolo nº 2 al TFUE, al que se le habilita competente para pronunciarse sobre los recursos contra actos legislativos por violación del principio de subsidiariedad (art. 8 del Protocolo).

El principio de subsidiariedad igualmente se aplicaría a los casos en los que el legislador comunitario recurre a la base jurídica radicada en el art. 114, en la medida en que dicho precepto no le concede competencia exclusiva y general para regular las actividades económicas del mercado interior, sino únicamente competencia para mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento de éste (p. 103 de Alliance for Natural Health). Tal duda se suscitaba respecto a la prohibición realizada por la Directiva 2002/46 de comercializar complementos alimenticios que no cumpliesen con los estándares contenidos en dicha normativa. En este sentido considera el TJUE que con tal prohibición se garantizaría al mismo tiempo el mandato del art. 95-3 del Tratado CE (hoy art. 114-3 TFUE) de garantizar un nivel elevado de protección de la salud de las personas, al mismo tiempo que se eliminaban las divergencias entre las normas nacionales. De lo contrario, sería previsible la evolución divergente de las normativas nacionales, surgiendo obstáculos a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y distorsionándose la competencia en relación con dichos productos (pp. 105 y 106 de Alliance for Natural Health).

De este modo se entendió que el objetivo perseguido por la Directiva no podía haberse logrado de manera satisfactoria mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros; requiriéndose de tal modo una acción en el ámbito de la Unión (p. 107 de Alliance for Natural Health), superándose de este modo el estándar del principio de subsidiariedad.

Otro principio apuntado por la jurisprudencia que deben respetar las correspondientes armonizaciones en aquellas situaciones en las que se persigan fines que

en sí mismos no sean los principales del art. 114-1 es el de igualdad de trato. En virtud del mismo, no pueden tratarse de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, con la excepción de que ese trato esté objetivamente justificado²⁵⁹.

En la misma línea de asimilación de la armonización resulta de particular interés, de igual modo, la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-380/03, caso Alemania contra Parlamento y Consejo II.

Como se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, el TJUE anuló la Directiva 98/43, sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco por entender que sobrepasaba el margen de actuación del art. 100 A (hoy 114). Ello no impidió que el legislador de la Unión reformulase la directiva original y dictase otra nueva respetuosa con el precepto comentado, como ocurrió con la Directiva 2003/33 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

Los artículos 3 y 4 de la Directiva establecían nuevamente diversas prohibiciones. Por un lado, se prohibía cualquier otra publicidad en la prensa y otras publicaciones impresas de productos del tabaco, y toda forma de publicidad de productos del tabaco en la radio. Dicha Directiva fue nuevamente impugnada por Alemania, obligando al TJUE a pronunciarse nuevamente sobre el carácter respetuoso o no de la materia armonizada con el art. 100 A (a la sazón art. 95 y actualmente 114).

El Tribunal de Justicia matiza su criterio, pasando a considerar que las prohibiciones contenidas en la Directiva. Con carácter preliminar se pone de manifiesto la elaboración de un Convenio marco en el contexto de la Organización Mundial de la Salud sobre el control del tabaco, circunstancia recalcada en el considerando octavo de la propia Directiva. Pero, en cualquier caso, el TJUE aprecia disparidades entre las normativas nacionales en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, que de por sí justificaría la intervención del legislador comunitario (p. 51 de Alemania contra Parlamento II).

Se pone de relieve la prohibición o limitación asimétrica de publicidad de los productos del tabaco producida en los diferentes Estados, y como las medidas de prohibición de la publicidad de los productos del tabaco serían de este modo susceptibles de dificultar en mayor medida el acceso a los mercados internos de los productos originarios de otros Estados miembros (p. 56 de Alemania contra Parlamento II). Y se resalta la idea de que la legislación asimétrica en la materia tendría la naturaleza de obstáculo jurídico a los intercambios de los productos de la prensa y de otras

²⁵⁹ Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 30 de enero de 2019, asunto C-220/17, caso Planta Tabak, p. 36.

publicaciones impresas, que afectaría a los mercados locales, regionales y nacionales de este modo (p. 58 de Alemania contra Parlamento II).

Y respecto a la prohibición de radiodifusión, también se apreciaron divergencias normativas susceptibles de redundar en la libre prestación de servicios. El razonamiento se basaba en que las divergencias de las normativas nacionales podían privar a los organismos de radiodifusión ubicadas en Estados con prohibición contar con el patrocinio de empresas del tabaco establecidas en otros Estados en los que no mediase prohibición. Este hecho fue considerado igualmente como riesgo de distorsión de la competencia (pp. 65 y 66 de Alemania contra Parlamento II).

De igual manera el TJUE entendió que las prohibiciones contenidas en la Directiva 2003/33 tenían por objeto la mejora eficaz de las condiciones de funcionamiento del mercado interior. La razón fue que la Directiva admitía la inserción de la publicidad de los productos del tabaco en determinadas publicaciones, concretamente en las destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco (p. 74 de Alemania contra Parlamento II), no suponiendo una prohibición en términos absolutos (si bien *de facto*). A mayor abundamiento, la Directiva contemplaba que los Estados no podían prohibir o restringir la libre circulación de los productos que fuesen conformes con la Directiva.

Tal fue el hecho que diferenciaba a la Directiva 98/43 frente a la Directiva 2003/33, cuya armonización bajo el paraguas del art. 114 fue admitida judicialmente. La Directiva preveía una posibilidad para la libre circulación de los productos producidos adaptados a su objeto (dirigidos a los profesionales del comercio de tabaco, si bien más restringible de cara al consumidor final de cara a la protección de la salud humana), con la obligación de los Estados de no prohibir o restringir la libre circulación de los productos que fuesen conformes con la Directiva (p. 73 de Alemania contra Parlamento II).

Y aunque la representación del Estado recurrente entendió que la prohibición publicitaria contenida en la Directiva sólo contemplaba soportes publicitarios de naturaleza local o nacional, sin tener en cuenta la nota el carácter transfronterizo de la publicidad, el Tribunal de Justicia entendió por su parte que el recurso a la base jurídica del artículo 95 (hoy 114) para la armonización no presupone la existencia de un vínculo efectivo con la libre circulación entre los Estados miembros en cada una de las situaciones contempladas por el acto que se funda en tal base (p. 80 de Alemania contra Parlamento II).

Es resaltable igualmente la valoración conforme al principio de proporcionalidad: no podía adoptarse una medida menos restrictiva que consistiera en una prohibición de la publicidad no aplicable a las publicaciones destinadas a un mercado local o regional. La razón hubiese sido que tal excepción hubiese supuesto diluir el ámbito de aplicación de la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco, pasando a ser incierto y aleatorio (p. 49 de Alemania contra Parlamento II). De este modo se hubiese dificultado la pretendida armonización.

Bajo estos parámetros se admitió finalmente la válida armonización de la prohibición de la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco a la luz del art. 114, previamente anulada judicialmente y enmendada por el legislador de la Unión para solventar las deficiencias manifestadas en la primera sentencia Alemania contra Parlamento.

Al igual que la jurisprudencia ha ido otorgando mayores matices al recurso a la aproximación de legislaciones para el establecimiento del mercado interior en materia de salud como nivel de protección elevado, de similar forma se ha efectuado con la protección de los consumidores. Así ocurrió en relación al Reglamento nº 717/2007, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad (también denominado “Reglamento roaming”²⁶⁰).

La validez de la base jurídica de dicho Reglamento fue cuestionada en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 8 de junio de 2010, asunto C-58/08, caso Vodafone. En el mismo se cuestionaba tanto el carácter inadecuado del art. 95 (hoy 114) como base jurídica, así como la trasgresión de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad²⁶¹.

A grandes rasgos el Reglamento roaming pretendía que los usuarios de las redes públicas de telefonía móvil no tuviesen que abonar unos precios excesivos por los servicios de itinerancia entre países miembros de la Unión Europea, y los operadores de telefonía móvil contasen con un marco regulador único en su tarificación al por mayor y al por menor. De esta forma se pretendía contribuir al funcionamiento del mercado interior alcanzando un nivel de protección de los consumidores, garantizándose la competencia entre las compañías de operadores móviles (p. 38 de Vodafone).

Como constató el TJUE, el legislador comunitario vislumbró la posibilidad de adopción de medidas legislativas en sede nacional para resolver el problema del elevado nivel de los precios al por menor de los servicios de itinerancia comunitaria o roaming por medio de reglas relativas a la tarificación de los precios al por menor, en base a la competencia residual que detentaban en materia de protección del consumidor. Pero aun mediando una iniciativa de determinados Estados miembros, tales medidas habrían podido dar lugar a una evolución heterogénea de las legislaciones nacionales (p. 45 de Vodafone). Por ello se entendió justificado el propósito de preservar la competencia entre operadores de red móvil, y la acción de la Unión en la materia.

En cualquier caso, se entendió cumplido el objetivo de protección del buen funcionamiento del mercado interior y la consiguiente adecuación de la armonización bajo el art. 95 (hoy 114 TFUE), en tanto que la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales dirigida a lograr la baja de los precios al por menor habría podido causar

²⁶⁰ Hoy regulado en el Reglamento n ° 531/2012, de 13 de junio de 2012, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

²⁶¹ De hecho, como recalcan algunos autores, no es necesariamente cierto que el mercado interno mejore el nivel de protección de los intereses no económicos. Puede que, en algunos casos, el estilo y el nivel de protección que se elija es una cuestión política. Vid. DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», cit., p. 11.

considerables distorsiones de la competencia y perturbar el funcionamiento ordenado del mercado de la itinerancia comunitaria (p. 47 de Vodafone).

En relación al principio de proporcionalidad, se adujo la existencia de un hecho como era que el nivel del precio medio al por menor de una llamada itinerante en la Comunidad era elevado al tiempo de la adopción del Reglamento, y la relación entre los costes y los precios no era la que habría debido prevalecer en mercados plenamente competitivos (p. 58 de Vodafone), por lo que el establecimiento legal de límites de tarifas al nivel de los precios se consideró apto para proteger a los consumidores frente a los precios elevados y anticompetitivos. Pero se atendió al criterio de que el mercado de roaming presentaba una dinámica compleja y evolutiva, que aconsejaba la expresa regulación legal. Además, al regularse la tarificación de precios tanto al por menor como al por mayor se entendía la producción de un efecto directo e inmediato para los consumidores en el caso de la tarificación al por menor (p. 66 de Vodafone).

Pero, en cualquier caso, el Tribunal entendió el objetivo de protección de los consumidores en el marco del artículo 95-3 del Tratado CE revestía de particular importancia, y podía justificar una intervención en un mercado que permite asegurar de forma inmediata la protección de los consumidores frente a los precios excesivos. Esta media fue considerada proporcionada en relación con el objetivo pretendido, aun pudiendo conllevar consecuencias económicas negativas para algunos operadores de telefonía (p. 69 de Vodafone). Por ello se entendió que las disposiciones del Reglamento roaming no transgredían el principio de proporcionalidad, dada la especial repercusión en la protección del consumidor.

Similar tónica se presentó en relación al principio de subsidiariedad²⁶². Si bien se admitió que el recurso a art. 95 concedía a la Unión una competencia exclusiva para regular las actividades económicas en el mercado interior, la acción legislativa del Reglamento requería un enfoque común de los precios tanto al nivel de al por mayor como al por menor, en pos de contribuir al mejor funcionamiento del mercado interior de esos servicios. Dada la interdependencia (es decir, la regulación de un precio sin el otro sí que conduciría a la conculcación del principio²⁶³), que precisaba de una intervención de los precios al por mayor como al por menor, se entendió que el objeto del Reglamento podría lograrse de forma más próspera a nivel legislativo de la Unión (pp. 77 y 78 de Vodafone), por lo que igualmente se cumplía el requisito de subsidiariedad.

²⁶² Como apunta la doctrina, la importancia de este principio en la práctica es limitada, en tanto que las condiciones sustantivas para utilizar el artículo 114 excluirán por lo general las situaciones en que los propios Estados Miembros puedan evitar que las normas nacionales divergentes repercutan negativamente en las libertades fundamentales. Cuando las diferencias entre las disposiciones legislativas sean tales que tengan un efecto directo en el funcionamiento del mercado interior, las soluciones se lograrán mejor genéricamente a nivel de la Unión. Vid. KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», cit., p. 1246.

²⁶³ WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"», cit., p. 858.

Del caso Vodafone destaca el aval del TJUE a un enfoque del art. 114 TFUE orientado principalmente a la protección del consumidor, de forma cumulativa a la protección del buen funcionamiento del mercado interior.

La armonización bajo el paraguas del art. 114 podría coincidir o posarse sobre las materias reservadas por el Derecho primario a la cooperación judicial, pero en tal caso el TJUE aplicaría un criterio para deslindar el ámbito de aplicación de la base jurídica concreta. Ello sucede en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 10 de febrero de 2009, asunto C-301/06, caso Irlanda contra Parlamento. En la misma se analiza la validez de la base jurídica de la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

La Directiva 2006/24 fue armonizada sobre el art. 95 (actual art. 114), y por la materia abordada se planteaba si el cauce más adecuado hubiese sido el de las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal (actual art. 82 TFUE).

En ese sentido se procede al examen del contenido material de las disposiciones de la misma, que se limitaba a la obligación de conservar datos, las categorías de datos que deben conservarse, los períodos de conservación, la protección y seguridad de los datos y los requisitos de almacenamiento de éstos. Y se llegó a la determinación de que la Directiva 2006/24 se limitó a regular las actividades de los prestadores de servicios, sin que en ningún momento se regulase el acceso a los datos ni la explotación de los mismos por las autoridades policiales o judiciales de los Estados miembro (p. 80 de Irlanda contra Parlamento).

El TJUE sentó como criterio y presupuesto para entender que una materia debía ser armonizada por el cauce legislativo de la cooperación judicial en materia penal que implicase una intervención represiva de las autoridades de los Estados miembros (p. 83 de Irlanda contra Parlamento). Pero la Directiva 2006/24 se incardinaba al hecho de que los datos generados o tratados durante la prestación de los servicios de comunicación harían de ser conservados por los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, sin que tuviesen que intervenir las autoridades judiciales de los Estados miembros en tal función. Y por eso se entendió que el objeto de la Directiva era independiente de la aplicación de toda posible acción de cooperación policial y judicial en materia penal, y se desligaba del acceso a los datos por parte de las autoridades nacionales (p. 83), en cuyo caso se hubiese precisado la armonización por el cauce del art. 82 en lugar del 114. De hecho, en el considerando 25 expresamente se aducía que

“Las cuestiones relativas al acceso por parte de las autoridades nacionales a datos conservados con arreglo a la presente Directiva para las actividades contempladas en el artículo 3, apartado 2, primer guion, de la Directiva 95/46/CE, quedan fuera del

*ámbito de aplicación del Derecho comunitario*²⁶⁴. Sin embargo, pueden estar sometidas a la legislación nacional o a una acción como las previstas por las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea (cooperación en materia judicial)”.

Por ello se entendió que la materia armonizada pertenecía de forma preponderante al funcionamiento del mercado interior, más que a la cooperación judicial.

Como puede desprenderse de la jurisprudencia comentada, la Sentencia Alemania contra Parlamento (C-376/98) ha supuesto una *rara avis* de anulación de un acto legislativo de la Unión por considerarse extravagante bajo los parámetros del actual art. 114 TFUE. Casi todos los actos legislativos de la Unión armonizados bajo dicho precepto cuya nulidad ha sido debatida judicialmente han sido declarados válidos, aun no persiguiendo principalmente el contenido del párrafo 114-1. Y esta validez ha adquirido un matiz especial en las cuestiones basadas en un nivel de protección elevado, como la protección de la salud y del medio ambiente del párrafo tercero.

De hecho, como matizan algunos autores (DAVIES), el hecho de limitar el artículo 114 a la consecución de objetivos puramente económicos y específicos puede resultar incompatible con la integración de un alto nivel de protección de los intereses no económicos que establece el propio párrafo tercero. En ese sentido, los objetivos del mercado interior se logran principalmente por el hecho de sustituir leyes nacionales dispares por una única europea. Es la diferencia normativa la que tendería a crear obstáculos a la circulación y distorsiones de la competencia, y el hecho armonizar lo que resolvería esos problemas. Por ello se recalca que el alcance del artículo 114 no se limita a ningún campo del derecho en particular. Las normas pueden repercutir en la actividad económica y en los agentes económicos, aunque esas normas no sean convencionalmente económicas en sí mismas. Lo único que se exigiría sería la constatación de obstáculos a la libertad del mercado (como la circulación) o distorsiones de la competencia como posibles objetos de armonización²⁶⁵.

Llegado a este punto, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, cabría de este modo plantearse si el artículo 114 puede constituir una base jurídica admisible para armonizar un Derecho procesal europeo, y en concreto un proceso de ejecución.

²⁶⁴ El subrayado es nuestro.

²⁶⁵ DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», cit., pp. 9-10. En similar sentido EISENHUT, D., «Commentary to art. 114. Approximation of laws in the internal market», cit., p. 558, al entender que la práctica de la armonización que aspira a eliminar las barreras en materia de comercio se asoma a grandes áreas como el derecho civil y mercantil (como la protección de los consumidores), el Derecho del trabajo, el Derecho administrativo, el fiscal y, aun con vínculo menor, el Derecho penal y procesal penal (al hilo de la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 1998, asunto C-274/96, Bickel y Frank).

3. La aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como base jurídica para la armonización del Derecho procesal civil

En atención a los objetivos no puramente económicos que pueden perseguirse en base al artículo 114 TFUE, es preciso analizar hasta que punto dicha base jurídica puede cimentar la armonización de un Derecho procesal europeo (y en concreto respecto al proceso de ejecución) en todo o en parte.

La doctrina científica europea se ha pronunciado en sentido contradictorio sobre la posibilidad de emplear la habilitación de aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como base jurídica suficiente para armonizar el Derecho procesal civil.

Una de las opiniones a favor de la suficiencia del art. 114 sería la de Marcel STORME, quien en 1993 presidió un grupo de expertos en Derecho procesal que presentó a la Comisión Europea un proyecto de propuesta de Directiva sobre la aproximación de las leyes y normas de los Estados miembros sobre determinados aspectos del procedimiento civil (el llamado “Informe Storme”).

En la introducción del informe del grupo de trabajo que presidió Marcel Storme analizó los arts. 100 y 100 A del Tratado CE. En su opinión, no cabía duda de que la aproximación a la que se refieren dichos artículos debe referirse a los sistemas de Derecho procesal de los Estados Miembros. El argumento sería que la disparidad entre ellos podría dar lugar a distorsiones (actual art. 116 del TFUE) susceptibles de afectar la competencia en el mercado y constituir un obstáculo para la eliminación de las fronteras internas. Bajo esta opinión el mercado único exige, por ejemplo, que los sistemas de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales se simplificasen y tuviesen la misma eficacia en todos los Estados miembros (art. 220-D del Tratado de Roma, hoy art. 81 TFUE ya analizado). De este modo surge una necesidad de protección jurídica del ciudadano europeo que no debería perder su carácter europeo por un retorno a una posición nacionalista a través del Derecho procesal nacional²⁶⁶.

En prueba de esta afirmación y la posible limitación del Derecho procesal nacional de la realización del mercado interior se cita la Sentencia del TJUE de 10 de enero de 1980, Comisión contra Italia, asunto C-267/78. En dicho caso la Comisión requirió a la República para que aportase información de operaciones fraudulentas del mercado de la mantequilla con repercusión al mercado común. El gobierno italiano se negó a aportar información debido a que dicha infracción se estaba investigando en un proceso penal en el que se decretó el secreto de sumario. El TJUE amparó la negativa para aportar

²⁶⁶ STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff/ Kluwer, 1994, p. 25.

documentación del gobierno italiano a la Comisión bajo el argumento de que las disposiciones de Derecho secundario que establecían el deber de colaborar no pueden modificar las relaciones entre la Administración y el poder judicial (p. 21 de Comisión contra Italia). El autor citado entiende que esta resolución es un ejemplo de que una gestión comunitaria uniforme puede vaciarse de su contenido cada vez que interfiera el derecho jurisdiccional o procesal nacional²⁶⁷.

Otro argumento esgrimido por Storme es que un desarrollo heterogéneo del Derecho procesal civil en la Unión y su repercusión en los costes del procedimiento puede favorecer el surgimiento de *forum shopping* o foros de conveniencia entre los diferentes Estados de la Unión, en el que los abogados buscarán la predilección de determinadas jurisdicciones frente a otras, por lo que una armonización homogénea favorecería la estabilidad y la disminución de la movilidad entre los diferentes sistemas procesales²⁶⁸. Este argumento es replicado bajo el argumento de que un Estado miembro puede, por iniciativa propia, evitar una forma indeseada de foro de conveniencia sin necesidad de una armonización legislativa por parte de la Unión²⁶⁹.

En esa línea VAN RHEE plantea la necesidad de armonizar el Derecho procesal civil para garantizar que los ciudadanos de la Unión puedan acceder a los órganos jurisdiccionales con unos estándares comunes de duración, eficiencia, proporcionalidad y costes, así como justicia y calidad. Ello sería necesario en orden a garantizar que el Derecho sustantivo de la Unión se aplicaría de forma homogénea en todo el territorio europeo, y más aún en el contexto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia donde las resoluciones judiciales gozan de más movilidad y existe una tendencia a la confianza mutua. A ello ayudaría la aproximación de normas procesales, en tanto que la existencia de diferencias procesales supondría una amenaza al funcionamiento del mercado interior al poner en riesgo la aplicación uniforme del Derecho sustantivo. Para el autor la existencia de divergencias procesales acarrearía una compartimentalización de las condiciones de mercado en cada Estado miembro, socavando la misma idea y fundamentos del mercado interior. Por ello el autor ofrece una interpretación conjunta tanto de las normas reguladoras del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como de aproximación del mercado interior en pos de favorecer la libre circulación de resoluciones en el territorio europeo y confianza mutua, con la consiguiente posibilidad de armonizar el Derecho procesal civil en este sentido²⁷⁰.

Igualmente, GASCÓN INCHAUSTI admite la posibilidad de armonizar el Derecho procesal civil admitiendo el art. 114 como base jurídica suficiente y como complemento del art. 81 TFUE. El objetivo prioritario de este precepto sería el buen funcionamiento del mercado interior, si bien ha sido usado como base jurídica en múltiples ocasiones como base para unificar y armonizar los derechos procesales nacionales en diferentes

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 25.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 46.

²⁶⁹ LINDBLOM, H., «Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law», *European Review of Private Law*, vol. 1, 1997, p. 23.

²⁷⁰ VAN RHEE, C. H., «Approximation of Civil Procedural Law in the European Union», *cit.*, pp. 64-65.

aspectos²⁷¹. En estos casos las normas europeas no se han ceñido al requisito de la repercusión transfronteriza, sino forzar cambios en las legislaciones procesales nacionales en tanto que su armonización era en sí misma necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior y para la correcta regulación y defensa de determinados derechos sustantivos europeos. Es lo que el autor considera un sistema de armonización vertical, como se ha señalado en las consideraciones preliminares²⁷².

Frente a las interpretaciones amplias destacan otras posturas doctrinales más moderadas, que advierten que la competencia legislativa en virtud de estos artículos en materia procesal sólo podría entrar en juego si se ponderan los beneficios y los inconvenientes de la aproximación de las normas de procedimiento. Tal sería la de LINDBLOM, que si bien admite los efectos dilatorios, costosos y complicados que ocasionarían las disimilitudes entre los ordenamientos procesales nacionales (y su importancia para el buen funcionamiento del mercado interior) no lo considera por el contrario motivo suficiente para justificar una armonización en todos los aspectos del Derecho procesal nacional. Para Lindblom la pregunta a realizar sería si es satisfactorio considerar sólo los beneficios de la aproximación de legislaciones. A juicio del autor la aproximación legislativa sin motivación podría contener igualmente efectos negativos y sería susceptible de perturbar igualmente el mercado interior, por lo que lo más apropiado sería que la competencia legislativa de la Unión habría de determinarse en cada caso, en función de si los beneficios de la hipotética armonización superan considerablemente a las desventajas. Sería ese equilibrio el que determine a su vez una idea del contenido y la configuración de la posible aproximación legislativa²⁷³.

Como señala Lindblom, una importante ventaja importante de la aproximación legislativa y argumento a favor de la competencia legislativa de la Unión en el ámbito del Derecho procesal es que la aproximación puede impedir la “renacionalización” de la legislación sustantiva común de la Unión que resulte de las disimilitudes de los sistemas procesales internos (hecho que podría tener un efecto de resistencia a la propia integración del Derecho sustantivo, sobre todo en relación a la jurisdicción, legitimación y el efecto de cosa juzgada, circunstancias que pueden llegar a hacer variar una resolución aunque el Derecho sustantivo sea el mismo).

Asimilando la idea de que la diferencia entre las regulaciones nacionales en los ordenamientos de Derecho procesal puede entrañar el riesgo de la búsqueda de un foro inadecuado produciéndose un deterioro del acceso a la justicia por parte de determinados

²⁷¹ Como cita el autor, en el caso de la tutela de las marcas (Reglamentos 40/94 y 207/2009) y de los dibujos y modelos europeos (Reglamento 6/2002); las acciones de cesación para la tutela de los consumidores (Directivas 98/27 y 2009/22) y las nuevas acciones representativas que se esbozan en materia de protección de datos (Reglamento 2016/679); la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial (Directiva 2004/48); las acciones de daños por infracciones al derecho de la competencia (Directiva 2014/104); la protección de los secretos comerciales (Directiva 2016/943); y los sistemas alternativos para la resolución de controversias de consumo (Directiva 2013/11 y Reglamento 524/2013).

²⁷² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., pp. 67-68.

²⁷³ LINDBLOM, H., «Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law», cit., p. 22.

grupos de empresarios, podría aceptarse (como recuerda Storme) una distorsión de las condiciones de competencia basada en motivos irracionales²⁷⁴. No obstante, a juicio de Lindblom el riesgo de que esto ocurra es muy bajo. Para este autor un problema más grave sería que las empresas puedan llegar a favorecer un Derecho procesal hostil al consumidor, no sólo en lo que respecta a la solución de controversia sino también a la producción y la venta. De este modo el derecho sustantivo europeo protector de los ciudadanos individuales, como en los ámbitos del medio ambiente y el derecho del consumidor, correrían el riesgo de no tener ningún efecto útil, obstaculizándose la integración europea²⁷⁵.

Pero a pesar de las múltiples ventajas y argumentos a favor de la armonización en materia de proceso civil, Lindblom critica la falta de un fin útil de la armonización. Considera que la armonización debe ceñirse a lo que es prácticamente posible lograr. A juicio de este autor, parece poco probable que todas las naciones participantes en la Unión encuentren preferible la misma solución pues, de hecho, puede ser que una sola solución no sea óptima en todos los entornos jurídicos (o sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, como define el art. 67-1 TFUE). Bajo esta perspectiva las normas comunes armonizadas tienden a ser difíciles de digerir para algunos ordenamientos o a ser redireccionadas a una institución o interpretación comúnmente aceptable o ya existente en el ordenamiento procesal en cuestión²⁷⁶. Otro argumento poderoso en contra sería que el proceso legislativo europeo es excesivamente largo y lento, con el consiguiente peligro de que una vez adaptado el Derecho europeo en el nacional acabe en una situación petrificada sin posibilidad de que los Estados miembros realicen ajustes o reformas rápidas o de urgencia en su legislación procesal para satisfacer las necesidades nuevas o imprevistas sin incurrir en la vulneración del Derecho de la Unión. En definitiva el panorama legislativo estaría menos preparado para un desarrollo rápido de la legislación procesal²⁷⁷.

De este modo, resultaría imposible aspirar a una armonización completa en materia de Derecho procesal. Las reformas en Derecho procesal tendrían que adquirir un matiz más fragmentario o sectorial, lo que provocaría lagunas y solapamientos en la legislación procesal interna. Autores como KRAMER critican que la armonización *ad hoc*

²⁷⁴ STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, cit., p. 46.

²⁷⁵ LINDBLOM, H., «Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law», cit., p. 24.

²⁷⁶ En el debate que refleja CAPONI, R., «Harmonizing Civil Procedure: Initial Remarks», en HESS, B. y KRAMER, X. (coords.) *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2018, pp. 46-47, el Derecho procesal civil se configuraría como un área de derecho muy unido al entorno nacional, siendo estudiado como genuinamente nacional por jueces, abogados y académicos de la praxis procesalista. A ellos se uniría la diferencia entre el derecho procesal civil continental y el anglosajón. Como precisa el autor, no todas las diferencias entre sistemas son visibles a primera vista, en tanto que diferencias superficiales pueden llegar a esconder grandes diferencias. No obstante, las diferencias ostensibles entrañan igualmente una unidad fundamental a juicio del autor.

²⁷⁷ LINDBLOM, H., «Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law», cit., p. 25.

o sectorial tendría problemas de los que carecería una legislación horizontal, entre otros la ausencia de conceptos subyacentes coherentes (que sí tendrían las tradiciones jurídicas internas, legisladas para situaciones objetivas en la mayoría de supuestos legales). Por ello se pone en duda cómo y en qué dirección debería seguir desarrollándose el derecho procesal europeo, y si la continua proliferación de legislación sectorial y anudada a cada derecho sustantivo concreto sería la opción más adecuada²⁷⁸. En contra de esta opinión se erigiría el criterio de otros autores como VISSCHER, quien partiendo de la base de que la armonización del Derecho procesal civil no supondría un paliativo para el estímulo del comercio internacional, el margen de armonización del Derecho procesal desde el punto de vista del derecho y la economía debería ser limitado, con carácter facultativo y acompasado a la armonización del derecho subjetivo europeo concreto²⁷⁹.

Por ello, el efecto conseguido por la armonización sería aumentar la complejidad en lugar de disminuirla. Otro resultado negativo sería la desintegración del Derecho procesal nacional, en tanto que el Derecho de la Unión podría resultar contrario a las normas y principios nacionales en diferentes esferas del derecho. Todo ello sin contar las dificultades relacionadas con las diferencias en la tradición jurídica, las fuentes jurídicas y los métodos de interpretación en cada país que constituirían diferencias que fácilmente causan divergencias jurisprudenciales incluso dentro de una zona armonizada²⁸⁰.

Por todo lo razonado, para LINDBLOM y los autores citados no sería seguro sostener que en la armonización del Derecho procesal civil los beneficios superen a las desventajas o viceversa. Si bien la codificación europea del proceso civil puede estar muy en consonancia con el “establecimiento y el funcionamiento del mercado interior” del art. 114 TFUE, se corre el serio riesgo de la petrificación, la complejidad y la desintegración del Derecho procesal en la esfera nacional (donde se encuentra regulado con más exhaustividad) con perturbaciones del mercado y otros efectos negativos. En cualquier caso, a pesar de las desventajas prácticas puestas de relieve el autor concluye que la Unión tendría competencia a la luz del art. 114 para armonizar el derecho procesal nacional a condición de que se espere en cada acto armonizador que en el resultado de la codificación los beneficios superen las desventajas²⁸¹.

Otros autores como BASEDOW han considerado que desde la óptica del Derecho internacional privado con carácter general no cabe la posibilidad de armonizar el Derecho procesal internacional privado sobre la base del artículo 95 (actual art. 114 TFUE), en tanto que las libertades fundamentales del mercado no se veían limitadas por las diferencias de derecho privado entre los Estados. Pero, no obstante, si las normas de

²⁷⁸ KRAMER, X., «A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe: the European Small Claims Procedure Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European Harmonization», en JONGBLOED, A.W. (coord.) *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Amberes, Intersentia, 2008, p. 283.

²⁷⁹ VISSCHER, L., «A Law and Economics View on Harmonization of Procedural Law», *Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE)*, vol. 09, 2010, pp. 20-21.

²⁸⁰ LINDBLOM, H., «Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law», cit., p. 26.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 27.

conflicto podían tener un impacto en el funcionamiento del mercado interior, este impacto no puede negarse totalmente cuando se tratase de la aplicación del artículo 95. En cualquier caso, este autor interpreta que, mediando una base jurídica específica para la cooperación judicial civil (como sucede con el art. 81 TFUE, antiguo 65), tal base tiene un significado indirecto para la interpretación del artículo 114. Tal sería el dar una orientación interpretativa en el sentido de que la legislación en materia de Derecho procesal puede basarse en el artículo 114 en mayor medida en las armonizaciones futuras²⁸².

Para este autor incluso los artículos correspondientes con los actuales arts. 114 y 81 TFUE, cuando se orientan a la materia procesal, serían bases jurídicas complementarias de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, en tanto que todos tienen por objeto la eliminación de las restricciones derivadas del desplazamiento de personas (y las repercusiones judiciales que pueden derivarse de este modo)²⁸³. De hecho, otros autores como PARTSCH consideran que cooperación judicial podría vincularse a la libre circulación de personas y de ahí a su funcionamiento económico del mercado, por el acceso de los ciudadanos de la Unión a la justicia. De este modo se propone una combinación de los (hoy) arts. 114 y 21 (libre circulación de los ciudadanos de la Unión) como base jurídica adecuada para armonizar el Derecho procesal civil²⁸⁴. Esta tesis es

²⁸² BASEDOW, J., «The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», cit., p. 699.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 697-707, . La conculcación a la libre circulación de personas podría extenderse al resto de libertades de circulación del mercado interior (de trabajadores, establecimiento o servicios) o incluso de capitales. Para SCHWARTZE, A., «Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation», *European Review of Private Law*, 1, 2000, p. 139, la mayoría de los casos civiles se refieren a bienes, servicios o capitales (siendo susceptibles de afectarse tales libertades), en aspectos como relaciones laborales o asuntos empresariales, lo que significa que todos ellos están relacionados con la correspondiente libertad de circulación. Para este autor, las diferencias de costos entre los procedimientos judiciales relativos a asuntos civiles y mercantiles entre los Estados miembros podrían obstaculizar indirectamente las cuatro libertades, ya que la racionalización de los agentes económicos reducirá sus actividades comerciales en otro Estado si la aplicación de sus reclamaciones resulta demasiado costosa allí. Además, la competencia podría verse distorsionada si las medidas judiciales en un Estado son más baratas entre estados. Los costes individuales del proceso para hacer valer las reclamaciones privadas varían de un sistema judicial nacional a otro, principalmente porque las normas procesales de cada Estado definen diferentes niveles de costos para la reparación judicial (por ejemplo, en relación a los honorarios de los abogados o las tasas judiciales) y distribuyen tales costos de diferentes maneras entre las partes.

²⁸⁴ PARTSCH, P.-E., *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruselas, Larquier, 2003, p. 270. En sentido contrario, VISSCHER, L., «A Law and Economics View on Harmonization of Procedural Law», cit., pp. 20-22, considera que los beneficios económicos se limitarían a los posibles ahorros de costos de transacción. En ese sentido y para el autor las diferencias en los sistemas de justicia civil o Derecho procesal no disuadirían del comercio internacional, por lo que sería cuestionable que los ahorros en los costos de transacción superen los costos sociales de la armonización. En tal sentido el autor cita la orientación de la encuesta la encuesta de justicia civil del Instituto de Derecho Europeo y Comparado de la Universidad de Oxford, celebrada en 2008, dirigida a empresarios, en la que a la afirmación de que las variaciones en los sistemas de justicia civil europeos disuaden a la empresa del encuestado de hacer negocios en determinadas jurisdicciones, el 51% se posicionó muy en desacuerdo, el 25% está ligeramente en desacuerdo, el 19% está ligeramente de acuerdo y el 1% está muy de acuerdo. Cuestión distinta, a juicio del autor, sería la armonización de cuestiones específicas (como reclamaciones pecuniarias no impugnadas) en la que el proceso se anudaría al Derecho sustantivo. En cualquier caso, el autor determina que la cuestión de si los beneficios de la armonización del Derecho procesal civil superan los costos se trataría de, en última instancia, una cuestión empírica de difícil solución, pero en cualquier caso no se trataría de un factor disuasorio del comercio internacional.

negada por STORSKRUBB, para quien la base jurídica de la ciudadanía de la Unión no ha servido como base para ningún acto en materia de Derecho procesal civil²⁸⁵. Además, ello supondría limitar la dimensión patrimonial ampliamente abordada por la jurisprudencia del TJUE como se ha podido comprobar especialmente en procesos como el que constituye objeto del presente trabajo.

En cualquier caso, y como pone de relieve Basedow, las medidas adoptadas en virtud de la base jurídica de cooperación judicial en materia civil (del actual art. 81 TFUE) pueden del mismo modo servir al propio funcionamiento del mercado interior, abriendo la posibilidad a que el legislador de la Unión pueda elegir ambas bases jurídicas en lugar de establecer una preferencia²⁸⁶.

Para SÁNCHEZ LORENZO las limitaciones constitucionales previstas en las bases jurídicas de los Tratados de Derecho de la Unión como las técnicas normativas de armonización de legislaciones impedirían la promulgación de un texto unificado y sistematizado (como un código civil europeo), debiendo limitarse el desarrollo del Derecho privado comunitario a un cauce puntual y fragmentario²⁸⁷.

La concepción de admisión limitada de la potestad de legislar en materia de Derecho procesal, es avalada por autores como NORMAND. Según el mismo, la construcción de un Derecho procesal civil europeo común es acogido de forma muy cautelosa por las instituciones europeas. La razón sería que para la intervención de las instituciones para la aproximación de las legislaciones se hace preciso que la acción sea necesaria para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Pero, a juicio de este autor, el principio de subsidiariedad jugaría un papel esencial en tanto que la Unión no puede intervenir a menos que el objetivo perseguido no pueda ser alcanzado por los Estados miembros y pueda lograrse mejor a nivel comunitario²⁸⁸.

Por ello, en el Derecho procesal civil se plantea como una tarea difícil el conseguir que los objetivos de la Unión no puedan ser alcanzados a nivel comunitario mejor que en su tratamiento estatal interno. Ello se debe a que para la aproximación todos los Derechos procesales de cada uno de los Estados miembros no se puede confiar en las iniciativas aisladas de cada uno de los Estados miembros, en el que las apreciaciones de derecho comparado difícilmente podrían inspirar una solución común. Y no puede dejarse de lado

²⁸⁵ STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, cit., p. 38. E igualmente y en similar sentido PLENDER, R., «Competence, European Community Law and Nationals of Non-Member States», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 3, 1990, pp. 603, que considera que la libre circulación de personas no podría basarse en el fundamento de la armonización del mercado interior.

²⁸⁶ BASEDOW, J., «EC Regulations in European Private Law», cit., pp. 26-27.

²⁸⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S., «Aproximación del derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la comunidad europea», cit., pp. 58-59.

²⁸⁸ NORMAND, J., «Un droit judiciaire européen?», en DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (coord.) *Le droit privé européen*, Economica, Paris, 1998, p. 131, y NORMAND, J., «Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne», cit., p. 390.

el hecho de que el Derecho procesal civil, así como el funcionamiento de la justicia, afecta al núcleo duro de la soberanía de los diferentes Estados²⁸⁹.

Una interpretación formulada en consonancia con la postura de dicho autor llevaría a admitir la posibilidad limitada de armonización del Derecho procesal civil en base al art. 114. Como señala BIAVATI, el Derecho procesal civil derivado de la Unión estaría marcado por una “imperfección” en lo que respecta a la regulación sistematizada de normas. Esta imperfección radicaría en la diferencia cualitativa entre el propio Derecho procesal nacional y el comunitario (constreñido por las limitaciones intrínsecas que hemos analizado), y que daría lugar a una mayor completitud y homogeneidad por parte del Derecho procesal nacional²⁹⁰.

En consonancia con estos autores y bajo nuestra opinión una opción sería la de emplear fórmulas de armonización que no sean absolutas para el Derecho procesal civil europeo, teniendo en cuenta las dos dualidades existentes en el sistema de fuentes del derecho. Eso pasaría por una armonización mínima, que dé la oportunidad a los Estados de adaptar el Derecho procesal interno con mayor libertad y tendente al respeto a la tradición jurídica nacional.

Otros autores, como ISRAËL, consideran que la armonización del Derecho procesal civil quedaría fuera del ámbito objetivo del art. 114 TFUE. Según el mismo, el alcance del actual art. 114 y las posibles esferas de armonización se basan en la funcionalidad de las normas con respecto al mercado interior, y las reglamentaciones de derecho privado no suelen afectar al acceso al mercado *per se* sino a la relación *inter se* entre los agentes del mercado (como apunta la jurisprudencia del TJUE en el anteriormente comentado caso C-376/98). Bajo esta óptica los obstáculos al mercado entrarían en juego en una etapa posterior de la integración que la vertebración del Derecho interno (en el momento en que los mercados nacionales se han abierto y el acceso a dichos mercados de los Estados está en principio garantizado). Bajo esta postura, el art. 114 en ningún modo conferiría a la Unión competencia en materia procesal civil, en tanto que el Derecho de la Unión debería ser neutral en cuanto a la naturaleza de las normas nacionales²⁹¹.

Otro de los argumentos empleado por Israel sería que la formulación del antiguo art. 65 del TFUE (como se ha argumentado anteriormente en la actual versión del art. 81 no se obliga del mismo grado) rechaza explícitamente toda propuesta en materia de cooperación judicial civil que pueda ser irrelevante para el funcionamiento del mercado

²⁸⁹ NORMAND, J., «Un droit judiciaire européen?», cit., p. 132. En cualquier caso, como reconoce el propio autor, el hecho de interpretar bajo el punto de vista de la modestia los claros límites materiales que puede tener la armonización del Derecho procesal a nivel europeo no significa que la Unión no esté preparada para dar el siguiente paso a la regulación de conflictos transnacionales iniciada con los Convenios de Bruselas y se acepte la necesidad de una mayor aproximación de los Derechos procesales internos cuando las disparidades de las legislaciones nacionales tengan un efecto negativo en el funcionamiento del mercado interior (p. 135).

²⁹⁰ BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit. p. 721.

²⁹¹ ISRAËL, J., «Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?», cit., pp. 90-91.

interno²⁹². O lo que es lo mismo, que la base jurídica del art. 81 sería más específica para armonizar esta materia.

La relación entre los arts. 114 y 81 resultaría compleja. El propio art. 114 excluye en su párrafo 2º las disposiciones relativas a la libre circulación de personas. Según el autor que citamos, si bien podría interpretarse que el Derecho procesal civil puede derivarse de la libre circulación de personas (en parte por su ubicación sistemática durante el Tratado de Ámsterdam, como se ha visto, si bien se integró en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), bajo su opinión ambos artículos serían complementarios por la remisión del art. 81 a la normas del mercado interior²⁹³.

De hecho, Israel fundamenta su postura en la opinión del TJUE vertida en su Sentencia de 21 de marzo de 1972, asunto C-82/71, caso SAIL, en tanto que el Derecho primario está redactado en términos generales, sin hacer ninguna distinción en función de la naturaleza (en tal caso se discutía si penal o no) de los procesos nacionales en cuyo marco se había derivado la duda interpretativa. Y, por lo tanto, la efectividad del derecho de la Unión no puede variar en función de las distintas ramas del derecho nacional a las que pueda afectar (p. 5 de SAIL).

En definitiva, al ser el art. 81 una norma especial (aunque complementaria) del establecimiento y funcionamiento del mercado interior, la norma general del establecimiento del mercado interior contenida en el art. 114 no supondría una habilitación directa para la armonización en materia de Derecho procesal civil.

De hecho, algunos autores si bien cuestionan la existencia de una competencia transferida a la Unión para la armonización del Derecho privado, admiten la posibilidad indirecta de “arrastré” del Derecho privado (en cuyo ámbito podrían incluirse tanto el procesal civil como el civil) a partir de otras competencias. Destaca la opinión de WEATHERILL, quien en principio niega, bajo los parámetros del principio de competencias de atribución (hoy art. 5 TFUE) que la Unión goce de ninguna competencia explícita para legislar en el ámbito del derecho privado. A pesar de ello este autor apunta a la competencia para actuar en el ámbito de la protección de los consumidores (actuales arts. 114-3 y 169) como la clave para comprender las bases de la intervención legislativa de la Unión en el derecho privado²⁹⁴.

De esta forma, bajo una lectura generosa de la expresión de “medidas de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”, podría admitirse el alcance de una competencia legislativa que arrastre o fagocite al derecho privado dentro del programa de armonización. El argumento esgrimido sería la construcción de un espacio comercial unificado dentro de la Unión que podría verse obstaculizado por la variación entre las legislaciones nacionales. Ello

²⁹² *Ibid.*, p. 91.

²⁹³ *Ibid.*, p. 92.

²⁹⁴ WEATHERILL, S., «Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?», *European Review of Private Law*, vol. 5, 2004, p. 634.

cumpliría el requisito de existencia de divergencias legislativas para justificar una armonización a nivel de la Unión. Por ello, según Weatherill aunque el propósito constitucional estricto de la armonización era originalmente la elaboración de normas destinadas a crear un mercado integrado, su efecto sería atribuir al nivel comunitario (aunque no de manera exclusiva) la competencia para decidir sobre las normas sustantivas en cuestión²⁹⁵ (y, *mutatis mutandi*, procesales).

De este modo, para Weatherill el derecho privado armonizado sería un reflejo de la preocupación para abordar los fallos y las desigualdades del mercado que motivaron las diversas leyes nacionales que sirvieron de base para la intervención de la Unión. De este modo habría que entenderse que la descripción del programa de armonización legislativa del art. 114-3 TFUE constituiría un plus al mero hecho de contemplarla como medio de apuntalar la integración del mercado (que no pasaría de tener un efecto incidental en la configuración del derecho privado), y muestra de ello sería el interés de la Unión en la protección de su dimensión relacionada con el consumidor²⁹⁶.

Entendemos que las posturas de estos autores, negacionistas en mayor grado de reconocer una potestad legislativa en materia de Derecho procesal civil derivada del art. 114 TFUE, se ven truncadas por la misma práctica legislativa de la Unión, que ha legislado diversas materias de indudable repercusión en los Derechos procesales internos sin que se haya cuestionado su validez (como se estudiará en siguientes epígrafes). Si bien debe atenderse al objeto de este precepto y las limitaciones que trae consigo, igualmente cabría aceptarse que una legislación comprendida en su ámbito que tenga contenido o repercusiones en el Derecho procesal en sí misma no debe entenderse como automáticamente contraria a los límites del art. 114 TFUE.

Cuestión distinta sería, en consonancia con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, justificar que una legislación europea en materia de proceso civil cumpla objetivos que puedan ser alcanzados a nivel comunitario mejor que en su tratamiento estatal interno. Y ello se debe al hecho de que el Derecho procesal civil europeo siempre será más imperfecto en su sistemática que el legislado en los respectivos Estados miembros dadas las limitaciones que arrastran las bases jurídicas de los artículos 81 y 114 TFUE. De ello se desprende y así entendemos que una fórmula idónea y respetuosa con las tradiciones jurídicas de los respectivos Estados miembros sería optar por una armonización mínima, que establezca principios generales que garanticen el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, pero al mismo tiempo den un margen de maniobra a los Estados miembros para conseguir una adaptación lo más respetuosa posible con las tradiciones jurídicas nacionales.

E igualmente, como segundo requisito para una armonización plenamente respetuosa con los requisitos establecidos en los Tratados de derecho primario debe atenderse al criterio de la mayor especificidad de la base jurídica que se desprende de la jurisprudencia que hemos analizado. De esta forma cuando el legislador de la Unión se

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 634-635.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 635.

proponga acometer una armonización que tenga por objeto principal la armonización del Derecho procesal civil ha de recurrir igualmente a la base jurídica complementaria del art. 81, con las matizaciones que se harán en los siguientes epígrafes.

4. El respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros y la armonización del Derecho procesal civil

La intervención de la Unión en los regímenes procesales nacionales podría señalarse como un factor que podría repercutir negativamente en las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, al disminuir la diversidad procesal, la competencia entre los diversos regímenes jurisdiccionales y las posibilidades de innovación por los legisladores internos²⁹⁷. Un ejemplo serían las normas nacionales sobre la administración de justicia y la infraestructura judicial general, que encontrarían una mayor dificultad para armonizarse en el plano europeo, mientras que las opciones y tramitaciones procesales fundamentales podrían revisarse (en mayor o menor grado) a la luz del Derecho fundamental de acceso a la justicia del art. 47 CDFUE de mediar legislación europea aplicable a la materia.

Y es que los asuntos de justicia en el marco del ELSJ, incluida la justicia civil, son aspectos sensibles a la soberanía. Los sistemas procesales de los diferentes Estados miembros se encuentran profundamente arraigados en la sociedad y sus estructuras legales fundamentales. Las reformas procesales que se han acometido en los últimos años en los Estados miembros demuestran una búsqueda de la eficiencia y la proporcionalidad. Por lo tanto, el efecto de cualquier reforma (interna o europea) debe ser evaluada cuidadosamente en cuanto a su impacto en el sistema jurídico en su conjunto. Si las características estructurales subyacentes de los sistemas procesales de los Estados miembros difieren (en cuestiones como la organización de los agentes que interviene en la administración de justicia, como los órganos jurisdiccionales o los colegios de abogados) las tentativas de armonización supranacional podrían perjudicar los equilibrios cuidadosamente creados en los sistemas jurídicos internos, detrás de cuales se encontrarían objetivos y visiones sociales más amplias y complejas²⁹⁸.

²⁹⁷ VERNADAKI, Z., «Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations», cit., p. 311.

²⁹⁸ STORSKRUBB, E., «Civil justice. Constitutional and regulatory issues revisited», cit., p. 327. En referencia a la diversificación y analogía del papel de los jueces y abogados desde una perspectiva europea vid. DONDI, A., «Iniziativa istruttorie di giudice e parti nel processo civile in prospettiva europea», *Politica del diritto*, vol. 3, 2011, pp. 467-469. Para el autor, los elementos tradicionales de la calificación profesional se encuentran en coexistencia con aspectos completamente nuevos del marco disciplinario y competitivo

Dicho de otro modo, la acción legislativa de la Unión en materia procesal al estandarizar determinadas cuestiones puede generar desajustes y desequilibrios dentro de los “ecosistemas” procesales internos, dentro de escenarios complejos que los legisladores internos han regulado en un sentido concreto. A modo de ejemplo la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia ha establecido que una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia (de naturaleza administrativa) o de un órgano jurisdiccional competente se considera irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada conforme a dicha Directiva (art. 9-1)²⁹⁹ cuando el principio de libre valoración de la prueba por parte del juez se consolida en las tradiciones jurídicas de la mayoría de Estados miembros. Igual lógica podría deducirse del principio contradictorio, consolidado en las tradiciones procesales civiles de los Estados miembros respecto del deber de control de oficio que la jurisprudencia derivada de la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000 (asunto C-240/98, caso Océano) interpreta de la Directiva 93/13³⁰⁰.

El art. 4-1 del Tratado de la Unión Europea establece que *la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos*. Si se lee en conjunto con la obligación instituida en el art. 67-1 en virtud del cual la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos

de los profesionales del derecho. De ahí que no se trate tanto de un retorno completo e inmediato a los parámetros de calificación y funciones tradicionales, sino más bien de una necesidad generalizada de adaptar las figuras profesionales a realidades cada vez más articuladas que hasta ahora proporcionaban los sistemas jurídicos de los distintos Estados.

²⁹⁹ Si bien justificable por el refuerzo del régimen de protección del perjudicado frente a conductas anticompetitivas, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Especialidades procesales de la acción de daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia. En particular, el efecto vinculante de la resolución que declara la infracción y la prueba de las defensas passing-on», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 365.v

³⁰⁰ Si bien en el caso del control de oficio puede llegar a matizarse mucho en cuanto a los orígenes del principio contradictorio en relación a la protección al consumidor, vid. NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del juez nacional europeo», en CABRERA MERCADO, R., QUESADA LÓPEZ, P.M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 77 y ss., JIMENO BULNES, M., «El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en el Derecho procesal español», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 108 y ss. Algunos autores han criticado que la derogación fáctica del principio dispositivo es difícilmente justificable. Nada impediría que el legislador tome en consideración el interés público o la necesidad de proteger posiciones jurídicas especialmente débiles en el marco de un proceso civil, pero ello no implicaría facultar al juez para otorgar una tutela que no le ha sido solicitada. Vid. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda», *La Ley Unión Europea*, vol. 11, 2014, edición online. En cualquier caso los supuestos incluidos en el deber de control de oficio ha ido aumentando en la casuística del TJUE, criticándose el hecho de que sin ningún género de restricción en la práctica, vid. RUIZ MORENO, J. M., «La extralimitación interpretativa en la aplicación de la primacía del derecho europeo, el supuesto singular de algunos títulos ejecutivos», en MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2014, p. 432.

fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, cabría preguntarse hasta qué punto la regulación del Derecho procesal en cada uno de los Estados y en especial sus rasgos esenciales podrían entenderse como un valor susceptible de respeto por parte de la Unión, y por lo tanto limitado para su armonización.

Y es que, como señala la doctrina, el éxito de la integración del mercado interior ha llevado a la necesidad de un espacio judicial mutuo, pero ello pone en evidencia las asimetrías fundamentales entre los sistemas jurídicos con la consiguiente dificultad para encontrar soluciones europeas eficaces³⁰¹. Autores como VAN RHEE han considerado que el proceso de armonización del Derecho procesal civil debe partir de la búsqueda de las mejores prácticas derivadas de las legislaciones estatales, si bien la existencia misma de las tradiciones jurídicas puede conllevar el hecho de que tales prácticas sean interpretadas de forma divergente³⁰².

Pero el desarrollo del mercado interior no sería motivo suficiente para justificar, por sí mismo, un sacrificio de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Los sistemas tanto de derecho privado como procesales de los Estados miembros representan una parte intrínseca de su cultura y sus tradiciones, de modo que podría alegarse que propuestas de uniformidad constituirían un exceso de centralización contrario al principio de subsidiariedad. El riesgo de la posible armonización pondría en peligro la identidad de los estados, al existir un vínculo entre el derecho privado y la identidad cultural nacional. El Derecho procesal civil es el mecanismo de cómo la sociedad desea resolver sus disputas, y a pesar de su naturaleza técnica, las normas de procedimiento civil también implican una elección política. De hecho, la comprensión de la diversidad en materia procesal ha sido resaltado como un valor importante en sí mismo que debe protegerse. Y como se pondrá de relieve en el próximo epígrafe la armonización absoluta de la codificación procesal podría conducir a un desincentivo en tanto que la reforma sería un proceso muy lento, que finalizaría con un nuevo código procesal europeo en el que se monopolizaría el discurso legal, excluyendo puntos de vista alternativos de la justicia. Cuestión distinta y más aceptable sería adoptar una perspectiva legislativa interna orientada al mercado interior de la Unión, adaptando el Derecho procesal nacional en cuestiones específicas de trascendencia para el mercado europeo (como el Derecho de consumo) en pos de la incentivación del desarrollo, estabilidad y mejora económica³⁰³.

Cabrían citarse diferentes argumentos y criterios sostenedores de la relación entre los diferentes Derechos procesales y la acción legislativa de la Unión. Un ejemplo de esta interpretación sería la planteada por el abogado general Pedro CRUZ VILLALÓN en sus conclusiones de 20 de octubre de 2011 al asunto C-507/10, X contra Y. Analizando la potestad del Ministerio Fiscal italiano para solicitar el incidente probatorio de un menor de edad y su encaje en la Decisión marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, se entendió que el art. 67-1 implicaba un control de adecuación no sólo con los Derechos fundamentales sino con las

³⁰¹ STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, cit., p. 241.

³⁰² VAN RHEE, C. H., «Approximation of Civil Procedural Law in the European Union», cit., p. 75.

³⁰³ STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, cit., pp. 21-22.

tradiciones jurídicas de cada Estado, y en especial con las derivadas del proceso penal. Ello implicaría que la práctica del incidente probatorio debía acomodarse a las particularidades propias de cada ordenamiento (en tal caso el italiano, p. 57 de las conclusiones).

En cualquier caso, y como deja caer la abogada Yves BOT, en sus conclusiones de 2 de octubre de 2012 al caso Melloni (C-399/11), si bien el art. 67-1 TFUE establece la obligación de respetar a los sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, el hecho de que el legislador de la Unión adopte un texto con trascendencia en materia procesal (en el caso estudiado el art. 4 bis de la Decisión marco 002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros) demuestra que los Estados miembros quisieron establecer un criterio común (en el caso referido sobre la ejecución de las órdenes de detención europeas emitidas para ejecutar sentencias dictadas en rebeldía) y que ese criterio común es compatible con la diversidad de las tradiciones y de los sistemas jurídicos de los Estados miembros (p. 145 de las conclusiones).

De este modo, el respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros debe constituir un punto de equilibrio con la necesidad de realizar el mercado interior y la actuación legislativa de la Unión en el ámbito de sus competencias. Si los Estados miembros, a través de los procedimientos legislativos de la Unión, se predisponen entorno a la adopción común de normas bien sea en materia procesal o con repercusión en materia procesal estarán estableciendo un criterio nuevo de naturaleza excepcional a la tradición jurídica interna en la que se va a insertar la normativa procesal. E igualmente el ámbito de competencias de la Unión no supondrá un cheque en blanco para la adopción de normativa procesal indiscriminada que obvie o no tenga en cuenta los sistemas jurídicos procesales internos, más complejos e integrales en sus respectivas previsiones.

5. El desarrollo de normativa europea con contenido en materia de Derecho procesal civil, sobre la base jurídica de la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior

Como se ha podido comprobar anteriormente, existe un profundo debate doctrinal sobre la posibilidad de emplear la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como base jurídica para que las instituciones de la

Unión Europea legislen en materia de Derecho procesal civil. A ello se suma el hecho de que el TJUE ha empleado el recurso de anulación para en determinadas ocasiones corregir dicho impulso legislativo a entender que se sobrepasaba el objeto del actual art. 114 TFUE.

Debe partirse de la premisa de que no existe un Derecho procesal europeo *per se*: todas las disposiciones de Derecho de la Unión examinadas se aplican únicamente en el contexto de los conflictos conocidos por tribunales nacionales³⁰⁴.

No obstante, lo cierto es que las instituciones de la Unión han empleado el art. 114 como base jurídica en diferentes ocasiones para legislar en materia de Derecho procesal civil sin que haya sido impugnado por el TJUE, debiendo presumirse la validez del Derecho secundario y su perfecto encaje en el ámbito objetivo del art. 114 TFUE.

Una de las primeras materias armonizadas que debe reseñarse son las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, cuya primera norma fue la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, de gran impacto en los Estados miembros³⁰⁵. El propósito de dicha Directiva fue consolidar la acción de cesación como un procedimiento de protección de los intereses colectivos de los consumidores (de muy desigual tratamiento en las tradiciones jurídicas procesales de los diferentes Estados miembros). El objeto de este proceso, tal y como se contemplaba en su art. 2, estribaba en la cesación o la prohibición de conductas consideradas como infracciones al Derecho de consumo, así como de los efectos derivados de dicha prohibición (publicación de la resolución, establecimiento de condenas y restituciones de naturaleza indemnizatoria...), radicando la particularidad de

³⁰⁴ MEIJKNECHT, P., «Impact of time in the recent EC regulations on international civil procedure», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, 3, 2003, p. 456.

³⁰⁵ En España se transpuso con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que se remitió de forma genérica a la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus arts. 30 y 31. No fue suficiente, y con la Ley 39/2002, de 28 de octubre se reformaron diferentes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 6, 11, 15, 52, 221, 249, 250, 711 y 728) para precisar las entidades habilitadas, los efectos de las sentencias y la posibilidad de incluir multas coercitivas en el art. 711. En Francia se adoptó la Ordenanza n° 2001-741, de 23 de agosto de 2001, por la que se transponen las directivas comunitarias y se adaptan al derecho comunitario en materia de derecho del consumidor, que introdujo la acción de cesación en la Sección 2 del Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Consumidor, dando amplitud al juez para la eliminación de una cláusula ilegal o abusiva en cualquier contrato o tipo de contrato ofrecido o destinado al consumidor. En Irlanda se adoptó el Instrumento Legal N° 449/2001 - Reglamento de las Comunidades Europeas (Protección de los intereses colectivos de los consumidores), 2001, autorizando a los Tribunales de Circuito a dictar órdenes de protección de los intereses de los consumidores (art. 3), si bien se permite la legitimación activa a cualquier tipo de persona, con independencia de que se considere alguna de las organizaciones descritas en el art. 3 de la Directiva 98/27. E Italia adoptó el Decreto legislativo n° 224, de 23 de abril de 2001, relativo a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, mediante el cual se concede legitimación para la acción de cesación a las entidades establecidas en el elenco de la Directiva 98/27, facultándose al Ministerio de Industria, Comercio y Artesanía el comunicar a la Comisión Europea la lista elaborada con sus posteriores modificaciones (art. 3).

dicha acción en las entidades habilitadas para el ejercicio (organizaciones con interés legítimo y no personas físicas)³⁰⁶.

La Directiva 98/27 fue sucedida por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, bajo la premisa de que los mecanismos existentes para garantizar el cumplimiento del Derecho de consumo no siempre permitían poner fin a su debido tiempo a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores (considerando 3). Para evitar la conculcación del principio de subsidiariedad del art. 5-3, la Unión da dos alternativas a los Estados Miembros: que las autoridades competentes para conocer y resolver de la acción de cesación sean autoridades judiciales o administrativas (considerando 9, y su plasmación en el art. 2) y que los entes accionantes sean o bien organismos públicos independientes encargados para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, o que el ejercicio radique en organizaciones cuyo objeto consista en proteger los intereses colectivos de los consumidores (considerando 10, que se refleja en el art. 3 del cuerpo de la Directiva 2009/22).

En la actualidad, se encuentra tramitándose una Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (SWD(2018) 96 final) para, entre otros fines, ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva para aumentar la capacidad de reacción ante el espectro de infracciones contra los consumidores al categorizar como acciones de representación a toda la representación de intereses colectivos de los consumidores (borrador de los arts. 2 y 3); asegurar el cumplimiento de los criterios mínimos de las entidades habilitadas por los Estados (art. 4 del borrador); hacer más eficaz el procedimiento evitando que las costas procesales se conviertan en un obstáculo económico para interponer acciones de representación (art. 15, reduciendo tasas judiciales o concediendo la asistencia jurídica gratuita) o haciendo que las resoluciones definitivas de un órgano jurisdiccional o de una autoridad que determinen que un comerciante ha infringido la normativa de consumo constituyan prueba irrefutable en las acciones de reparación (borrador del art. 10, de forma análoga al art. 9 de la Directiva en materia de acciones de daños por derecho de la competencia, como se verá) y permitiendo a las entidades habilitadas pedir medidas cautelares o definitivas para que cese o se prohíba la práctica (arts. 5-2 y 6).

Otro ejemplo de legislación particularmente incisiva en el Derecho procesal es la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004

³⁰⁶ Vid. PLAZA PENADÉS, J., «La acción de cesación en el Derecho comunitario de consumo», *Revista internauta de práctica jurídica*, vol. 4, 2000, MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, Barcelona, Cedecs, 1997, o ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual³⁰⁷, cuyo objeto es establecer medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual (art. 1).

A pesar de que, como se enuncia en su considerando 11 dicha Directiva no tiene por objeto establecer “normas armonizadas sobre cooperación judicial, competencia judicial, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil, ni tratar de la legislación aplicable”, por considerarlas reguladas con carácter general por instrumentos comunitarios igualmente aplicables a la propiedad intelectual (a los que se ha referido en el apartado relativo a la cooperación judicial en materia civil), lo cierto es que justifica la armonización de los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual. De este modo, como se revela de su considerando 8, la Directiva 2004/48 nace en un entorno de disparidades existentes entre los regímenes de los Estados miembros en relación a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual. Estas disparidades se revelarían como perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y no permitirían garantizar que los derechos de propiedad intelectual disfrutasen de un nivel de protección equivalente en toda la Comunidad que ni facilitaría la libre circulación ni crearía un entorno favorable a una sana competencia. Todo ello en pos de garantizar “un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior” (considerando 10).

De este modo la Directiva 2004/48 pasa a establecer la obligación de los Estados miembros de establecer diversas medidas procesales de garantía del respeto a los derechos de propiedad intelectual. Por un lado, el art. 6, relativo a la prueba, establece la obligación de las autoridades judiciales competentes para ordenar que la parte contraria entregue las pruebas a la parte que haya presentado pruebas razonablemente disponibles y suficientes para respaldar sus alegaciones (y especialmente transmisión de documentos bancarios, financieros o comerciales que se encuentren bajo control de la parte contraria). Y no solo ordenar la entrega de pruebas, sino que el propio art. 7 obligan a garantizar el dictado de medidas provisionales rápidas y eficaces para proteger pruebas pertinentes con respecto a la supuesta infracción, incluso con carácter previo al inicio de un procedimiento sobre el fondo del asunto (como la descripción detallada o la incautación de mercancías).

La materia procesal de la Directiva 2004/48 no solo se ciñe al aseguramiento o protección de la prueba. El art. 9 de la misma establece la obligación de los Estados miembros de garantizar, a través de las autoridades judiciales, la adopción de medidas cautelares o provisionales tendentes a prohibir la continuación de las infracciones a la propiedad intelectual, u ordenar la incautación o la entrega de las mercancías sospechosas de infracción. Entre las medidas cautelares exigidas por el art. 9 se encontraría el embargo preventivo de los bienes muebles e inmuebles del supuesto infractor, e incluso el bloqueo de sus cuentas bancarias.

³⁰⁷ Vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., «Los derechos de propiedad intelectual en el comercio internacional», en HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. y ROLDÁN BARBERO, F.J. (coords.) *Derecho internacional económico*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, pp. 136 y ss.

La regulación de las medidas contenidas en el art. 9-4 del a Directiva 2004/48 adquiere un matiz muy particular, hasta el punto de posibilitar la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, sin que sea oída la parte contraria, cuando un retraso ocasionase un perjuicio irreparable al titular del derecho. Y decimos que rompe la dinámica en tanto que los instrumentos comunitarios generales relativos a la competencia judicial (y en particular el Reglamento 1215/2012, así como su precedente el Reglamento 44/2001) excluyen las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer (art. 2-a del Reglamento 1215/2012, así como la Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 1980, asunto C-125/79, caso Denilauler/Couchet). Pero en cualquier caso destaca el establecimiento de obligaciones para las medidas cautelares en materia de propiedad intelectual que claramente se desprende de la dinámica reguladora de las tradiciones procesales comunes de los Estados, tales como la obligación de interponer la demanda del solicitante de medidas y la eventual suspensión o revocación de las medidas concedidas (art. 9-5) o la obligación de constituir fianza (art. 9-6).

La Directiva 2004/48 igualmente incluye otras medidas de trascendencia procesal, como la obligación de adoptar medidas de determinado contenido en la resolución que ponga fin al procedimiento (art. 10), o la posibilidad de imponer multas coercitivas en la ejecución de la resolución final del procedimiento (art. 11). E incluso, criterios para determinar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del derecho de propiedad intelectual (en aspectos como la pérdida de beneficios, la obtención de beneficios ilegítimos, una cantidad a tanto alzado) o las costas procesales (arts. 13 y 14). O la posibilidad de ordenar las medidas necesarias para difundir la información relativa a la decisión final del procedimiento (art. 15).

Resulta, de este modo, resaltable el número de especialidades procesales introducidas por la Directiva 2004/48, en relación a la tutela judicial de los derechos de propiedad intelectual, en aspectos como el aseguramiento de prueba, las medidas cautelares, el contenido de la sentencia y determinados aspectos de su ejecución.

Otro ejemplo de armonización en materia procesal lo constituye la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Este texto viene a dar un cauce legislativo al requisito establecido por la jurisprudencia del TJUE en virtud de la cual los individuos tienen derecho a solicitar la reparación de los perjuicios ocasionados a causa de pactos o comportamientos que puedan restringir o falsear el juego de la competencia³⁰⁸.

El objeto de la Directiva 2014/104 sería establecer las normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna

³⁰⁸ Sentencia del Pleno del TJUE de 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y la Sentencia de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho (art. 1). Para ello su art. 3 consagra el derecho a obtener el pleno resarcimiento del perjuicio.

La base jurídica de la misma es doble: por un lado el comentado art. 114 TFUE, y por otro el 103, relativo al desarrollo normativo de los arts. 101 y 102 TFUE, que como recuerda el considerando primero de la Directiva se tratan de disposiciones de política pública europea que deben aplicarse eficazmente en toda la Unión para garantizar que no se falsee la competencia en el mercado interior³⁰⁹.

De este modo la Directiva 2014/104, que comprende al igual que la Directiva 2004/48 unas mayores obligaciones de los Estados miembros de adaptar su Derecho procesal interno, se justifica en la necesidad de que órganos jurisdiccionales nacionales tengan a su disposición los medios procesales apropiados (poniéndose como ejemplo la acumulación de acciones), para garantizar que el resarcimiento se abone en cualquier nivel de la cadena de suministro (considerando 44) e impedir así que no se repare plenamente el perjuicio ocasionado por la inexistencia de un resarcimiento pleno por la infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional. Esta es una característica fundamental y de muy especial relevancia, en tanto que el mecanismo procesal establecido por la Directiva 2014 no solo se orienta a la satisfacción de la vulneración del Derecho de la competencia europeo, sino que pretende establecer cauces jurídico-procesales para la reclamación de indemnizaciones surgidas al amparo del Derecho interno³¹⁰. A pesar del carácter drástico de esta postura legislativa, la Directiva

³⁰⁹ El art. 101 prohíbe con carácter general todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (cárteles o pactos colusorios). Por su parte el art. 102 TFUE establece la incompatibilidad relativa a la explotación abusiva de una empresa de la posición dominante en el mercado (diferenciándose del art. 101, entre otros aspectos, en su dimensión más orientada a la empresa individualmente considerada). Como establece la doctrina, dichos preceptos no se refieren únicamente a los mecanismos (jurisdiccionales o administrativos) de *public enforcement*, sino que establecen una serie de prohibiciones generales, cuya aplicación en la práctica se activa por vías complementarias. El fin de estos preceptos sería, como apunta la doctrina, conjugar la libre competencia con la protección de los contratantes más débiles (empresarios o consumidores) prohibiendo el abuso de la posición dominante en la contratación, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Mercado interior, contrato y derecho de la competencia», *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 5, 2006, p. 119. El efecto sería directo, pudiendo ser aplicado por los jueces nacionales sin previa decisión de la Comisión, vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., «Derecho comunitario de la competencia (I): las prácticas anticompetitivas de las empresas», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 167. Los procesos en reclamación de daños serían, de este modo, mecanismos de aplicación de los remedios o cauces jurídicos derivados de la vulneración de las conductas que esos preceptos prohíben. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «A vueltas con la competencia objetiva para conocer de las acciones de daños por infracciones en materia de competencia», *La Ley Mercantil*, vol. 60, 8985/2019, 2019, edición online. Igualmente y como matiza SANCHO GARGALLO, I., «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», *Indret*, vol. 1, 2009, p. 4, estos fundamentos producen efectos directos entre los ciudadanos y crean derechos subjetivos, cuya tutela, en las relaciones *inter privados*, reclama la intervención de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

³¹⁰ Como aclara el art. 2-3 de la Directiva 2014/104, por «Derecho nacional de la competencia» se entienden las disposiciones del Derecho nacional que persiguen predominantemente el mismo objetivo que los artículos 101 y 102 del TFUE y se aplican al mismo asunto y en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión. El “en paralelo” es un claro eufemismo de que la legislación nacional a la que la Directiva

lo justificaría en la necesidad de evitar que aumenten las diferencias entre las normas de los Estados miembros por las que se rigen las acciones por daños en asuntos de competencia (considerando 9 de la Directiva 2014/104).

El art. 5 de la Directiva 2014/104 configura, previa solicitud del interesado en un procedimiento de los incluidos en el ámbito objetivo de la misma, la obligación de los jueces nacionales de ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, así como ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas. Esta exhibición de pruebas contenida en la directiva es comparada (salvando las diferencias) con figura angloamericana del *discovery*, orientada a permitir el acceso a información bajo control de la parte contraria o de terceros en aras a facilitar la preparación del juicio así como de los medios de prueba a presentar en el procedimiento³¹¹. De esta forma la Directiva 2014/104 entre los arts. 5 y 7 establece una detallada regulación de los requisitos y límites para solicitar la exhibición de pruebas en función de si se trata de información confidencial o si los datos obran en un expediente de autoridad de la competencia.

El art. 9 de la Directiva 2014/104 establece la obligación de presentar como principio de prueba en los procedimientos objeto de la misma las resoluciones de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente (como base probatoria para acreditar la existencia del daño). Por su parte el art. 10 establece una serie de normas para el cómputo, interrupción o suspensión de las acciones por daños objeto de la Directiva en diferentes circunstancias (y en particular cuando una autoridad la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia).

Otros puntos de importancia en el plano procesal serían las distintas precisiones en materia de carga de la prueba, como las inversiones contenidas en el art. 13 (recayendo en el demandado que el sobre coste se repercutió), 14 (recayendo en el comprador indirecto bajo las circunstancias contenidas en el mismo), o la imposibilidad de que la carga de la prueba pueda hacer que sea imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento a efectos de cuantificación de la indemnización (art. 17-1). Y la presunción probatoria según la cual las actuaciones de cárteles causan daños y perjuicios (art. 17-2).

pretende sentar los cauces procesales no es la cubierta por en ámbito de los arts. 101 y 102 TFUE, sino por el propio derecho interno adoptado conforme a la soberanía de cada estado.

³¹¹ HERRERA PETRUS, C., «Breve caracterización de la medida de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines», en CACHÓN CADENAS, M. y FRANCO ARIAS, J. (coords.) *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 1238. Como crítica ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa: (una visión panorámica de los principales puntos de divergencia)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 75 y ss., este se trata de un aspecto genuinamente distinto y diferenciador del proceso norteamericano respecto de las tradiciones de la Europa continental, en tanto que proporciona a los litigantes medios mucho más enérgicos y efectivos que los que acostumbran a ofrecerles los ordenamientos procesales europeos de cara a la comprobación de hechos permitiendo una investigación en la esfera privada con el fin de comprobar si existen pruebas o hechos (de momento desconocidos) que puedan contribuir al éxito de la pretensión de parte.

Siguiendo con la materia que ha tenido trascendencia en materia procesal, sería adecuado hacer una referencia a la protección de datos de carácter personal³¹². Si bien en su momento la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales fue armonizada conforme a la aproximación de legislaciones para el funcionamiento del mercado interior (en su momento art. 100 A del Tratado CE), el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales que derogó la Directiva 95/46 se adoptó conforme a otra base jurídica más específica (el art. 16 TFUE, relativo al derecho de la persona a la protección de sus datos personales).

Haciendo una rápida alusión a la materia de trascendencia jurídico-procesal más directa, se hace preciso aludir al derecho a la tutela judicial efectiva contra una decisión jurídicamente vinculante de una autoridad (art. 78 del Reglamento 2016/679), así como frente al responsable o encargado del tratamiento (art. 79), y la suspensión de procedimientos derivados de los mismos (art. 81).

Siguiendo con el elenco de normas con contenido en materia procesal legisladas con base al art. 114, es preciso referirse a la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados. Tal y como se justifica en el considerando 10º de la norma, esta surgía de la necesidad de establecer, a escala de la Unión, normas destinadas a aproximar las legislaciones de los Estados miembros a fin de asegurar un nivel de tutela judicial civil suficiente y coherente en todo el mercado interior para los supuestos de obtención, utilización o revelación ilícitas de secretos comerciales (conocido como *know-how*).

De esta forma, el objeto de la comentada Directiva 2016/943 fijado en su art. 1-1 sería establecer normas en materia de protección frente a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales. Entre estas medidas de protección, y tal y como apunta el preámbulo de la misma, está el establecimiento de medidas procesales civiles homogéneas³¹³. Con carácter general en su art. 6-1 se establece la obligación de los Estados de establecer las medidas, procedimientos y recursos necesarios para

³¹² Para un estudio más profundo de la cuestión vid. PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, cit., o MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», *Anuario jurídico y económico escorialense*, vol. 50, 2017, pp. 13 y ss.

³¹³ Aun así, y como se advierte, el propio legislador europeo no ha tenido la precaución necesaria para asegurar que limitar los efectos de publicidad que puede conllevar el mismo proceso, es decir la posibilidad de que a través del procedimiento judicial en defensa del secreto violado, el propio procedimiento se convirtiera en un escaparate de exposición del secreto, frustrando el objetivo de preservar el carácter secreto del conocimiento o información. Vid. MARTÍNEZ ENGUÍDANOS, J., «La nueva Ley de Secretos Empresariales: un paso adelante en la protección de los activos de la empresa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 10, 2019, edición online.

garantizar la disponibilidad de vías de acción civil frente a la obtención, utilización o revelación ilícitas de secretos comerciales.

Entre estas normas de naturaleza procesal civil estaría, por un lado, el establecimiento de medidas cautelares tuitivas de los secretos comerciales (art. 10 Directiva 2016/943) como el cese, prohibición de utilizar o revelar el secreto comercial; la fabricación, obtención o comercialización de mercancías infractoras, o la incautación de tales mercancías³¹⁴. Para la adverbación de la medida cautelar se incluye la posibilidad de exigencia por el órgano jurisdiccional a la parte demandante para que aporte pruebas que razonablemente puedan considerar la existencia del secreto comercial y su obtención ilícita (art. 11-1).

Otras medidas procesales de relevancia se orientan a la resolución finalizadora del procedimiento, posibilitando la posibilidad de decretar determinadas medidas (cese del secreto comercial, prohibición de fabricar y otras medidas correctivas contenidas en el art. 12-1 de la Directiva 2016/943) así como la difusión de información relativa a las resoluciones judiciales (art. 15).

Como se ha visto en anteriores epígrafes, el requisito de la repercusión transfronteriza del art. 81 TFUE y su carácter insalvable en su desarrollo normativo (a pesar de la flexibilidad que goza en su interpretación) han provocado que para la misma materia la Unión Europea haya tenido que acudir a la habilitación normativa de la aproximación de las legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior en lugar de a la cooperación judicial en materia civil.

Es preciso referirse a la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en concreto su art. 10. En virtud del mismo los Estados miembros velarán por que se pueda obtener un título ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el tribunal u otra autoridad competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o de cuestiones del procedimiento. Estas condiciones procesales más ventajosas habrán de aplicarse en las mismas condiciones a todos los acreedores que se encuentren establecidos en la Unión.

Destaca el hecho que, si bien esta regulación europea podría asimilarse con la regulación del proceso monitorio europeo configurada en el Reglamento nº 1896/2006, el proceso de simplificación de la reclamación de créditos no impugnado que se deriva del referido Reglamento se aplicaría a créditos con repercusión transfronteriza (arts. 1 y 2)³¹⁵. En cambio, el mandato contenido en el art. 10 de la Directiva 2011/7 (legislada en

³¹⁴ Vid. RABASA MARTÍNEZ, I., «El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva 2016/943 relativa a los conocimientos técnicos e información empresarial no divulgados», *La Ley Mercantil*, vol. 48, 47, 2018, edición online.

³¹⁵ Como sí ocurriría con el proceso monitorio europeo, en el que sería aplicable a los asuntos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en otro Estado miembro distinto

base al art. 114 TFUE) iría destinado a toda clase de créditos, transnacionales o no, pues la norma no los diferencia. De hecho, se exige expresamente la inclusión de los acreedores establecidos en la Unión, en tanto que el presupuesto normativo da por sentado su aplicación a reclamaciones de naturaleza estrictamente interna. Como viene a ratificar el considerando 5 de la Directiva 2011/7, esta se justifica en el hecho de que las empresas deben poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos (o viceversa) que las ventas en el mercado nacional. De este modo y como advierte la propia norma podrían surgir distorsiones de la competencia si se aplicaran normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas.

Por todo ello, el mandato contenido en el art. 10 de la Directiva 2011/7 debe considerarse asimilado a la protección transnacional que proyecta el Reglamento n° 1896/2006, ambos aplicados a créditos pecuniarios no impugnados.

Resultaría similar, como hemos hecho alusión en anteriores epígrafes, el caso del Reglamento 524/2013 de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Es así que, para justificar la armonización bajo el art. 114 TFUE en lugar de los preceptos relativos a la cooperación judicial en materia civil (como sí hace la Directiva 2008/52, cuyos textos se entienden sin perjuicios de la misma). Por ello la Directiva 2013/11 justifica en su considerando 7° y el Reglamento en su 10° la necesidad de que los consumidores puedan aprovechar plenamente el potencial del mercado interior, siendo necesario que la resolución alternativa pueda aplicarse a todos los tipos de litigios, tanto nacionales como transfronterizos³¹⁶. Todo ello justificado sobre la idea de la garantía de unas condiciones equitativas efectivas en materia de comercio electrónico³¹⁷.

a aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la petición, vid. GÓMEZ AMIGO, L., «El proceso monitorio europeo», en DE LA OLIVA SANTOS, A., SENÉS MOTILLA, M. DEL C. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen II*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 159.

³¹⁶ El Reglamento 524/2013 se extiende no sólo a los litigios transfronterizos sino también a los nacionales, superando así las previsiones de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, acerca de ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que resulta aplicable exclusivamente a los litigios transfronterizos. Vid. BUJOSA VADELL, L. M. Y PALOMO VÉLEZ, D., «Mediación electrónica: Perspectiva Europea», *Ius et Praxis*, vol. 23, 2, 2017, p. 6; VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La protección del consumidor europeo: alternativas a la vía judicial», *Revista de Estudios Europeos*, vol. 66, 2015, p. 63. En similar sentido vid. CATALÁN CHAMORRO, M. J., *Acceso a la justicia de los consumidores a través del ADR y del ODR. Tesis doctoral dirigida por Silvia Barona Vilar*, Valencia, Universitat de València, 2018, p. 293, y RALUCA STROIE, I., «Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 7, 2013, p. 231.

³¹⁷ En la línea de lo ya reclamado por algún sector de la doctrina, como GÓMEZ AMIGO, L., «Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 31, 2013, edición online, para quien el desarrollo de medios alternativos en la resolución de controversias a través de trámites electrónicos o telemáticos ayudaría a evitar o reducir los problemas de litigar en el extranjero, con excepción de otros tipos de mediación donde sí primaría la presencialidad para recuperar las vías de comunicación entre las partes, como la mediación en materia de familia. Entre otros problemas

El Reglamento 524/2013 se ocupa de materias como el establecimiento de una plataforma de resolución de litigios en línea (art. 5), la presentación de reclamaciones ante dicha plataforma, su tramitación y resolución (arts. 8-10). Por su parte la Directiva 2013/11 establece la obligación de que los Estados faciliten el acceso de los consumidores a procedimientos de resolución alternativa (art. 5) permitiéndose no obstante en determinados casos que las entidades de resolución alternativa mantengan e introduzcan normas de procedimiento que les permitan negarse a tramitar un litigio determinado por determinados motivos (que el consumidor no haya tratado de ponerse de acuerdo con carácter previo, o que el litigio sea vejatorio, por ejemplo según el art. 5-4). Otra preocupación de la Directiva es que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios posean los conocimientos especializados necesarios y sean independientes e imparciales (art. 6). Asimismo, se instituyen una serie de principios directamente aplicables al procedimiento de resolución alternativa como son la transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad (arts. 7-10) asegurándose en todo caso los efectos de suspensión en los plazos de caducidad y prescripción en relación con dicho litigio (art. 12).

Por último, es preciso hacer una última referencia a la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (conocida como de *whistleblowing*) que entre otras bases jurídicas se sustenta en el art. 114. La idea general de dicha Directiva es las infracciones al Derecho de la Unión en su más amplia concepción repercuten en el funcionamiento eficaz del mercado interior, razón por la que se erige como necesario la protección de los denunciantes. Así, el artículo 1 establece como objeto el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Entre estas medidas de repercusión judicial estaría el deber de los Estados de prestar asistencia jurídica gratuita a los denunciantes no sólo para litigios transfronterizos sino para procesos nacionales iniciados contra ellos como represalia (art. 20 1-c de la Directiva 2019/1937), así como el establecimiento de medidas para que los afectados gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y al juez imparcial o el acceso a su expediente (art. 22).

Siendo el arriba expuesto el conjunto más significativo de legislación europea con contenido directo en materia procesal, la doctrina científica no ha dudado en calificarlo como armonización procesal vertical en tanto que la intención principal del legislador europeo era armonizar legislaciones procesales nacionales en tanto que era necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior y para la mejor regulación y

se señalan los costes, aumentando la rapidez, sencillez y eficiencia, lo que repercutiría en la fluidez del mercado interior, vid. BUJOSA VADELL, L. M. Y OTROS, «Mediación electrónica: Perspectiva Europea», cit., pp. 73-74; DAVIES, J., «ADR/ODR: Too Much Optimism in the Promotion of Cross-Border Trade?», en HESS, B., BERGSTRÖM, M. y STORSKRUBB, E. (coords.) *EU Civil Justice. Current issues and future outlook*, Portland, Hart Publishing, 2016, pp. 55-56.

defensa de determinados derechos sustantivos y concretos³¹⁸. Todo ello en contraposición a la normativa emanada de las bases jurídicas de la cooperación judicial en materia civil, que como se ha comprobado se sustentaba en la necesidad de existencia de una repercusión transfronteriza.

Aun así, es preciso recalcar que ello no ha impedido al legislador europeo legislar un fenómeno jurídico de forma conjunta y bajo cada base correspondiente en toda su extensión para evitar una regulación fragmentada o que no se pueda aplicar al conjunto de situaciones o relaciones jurídicas (como ocurre con la resolución alternativa de controversias).

6. Los intentos de armonización de los procesos de ejecución nacional en el Derecho de la Unión Europea

Como ha quedado acreditado, la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior ha constituido una clara base jurídica para la armonización de materias puntuales del Derecho procesal civil nacional así argumentado por el legislador comunitario. No obstante, si bien estas legislaciones han supuesto una incidencia más directa en el ordenamiento procesal interno (en cuestiones como el establecimiento de especialidades en la carga de la prueba o la aportación de la misma al proceso, así como el régimen de medidas cautelares³¹⁹) en ningún momento han tenido vocación de establecer un régimen procesal “general” u horizontal aplicable a una pluralidad indeterminada de sujetos o relaciones jurídicas.

De hecho, como han señalado algunos autores, la necesidad de crear una ejecución europea sería la idea y aplicación básica del principio de la libre circulación de las resoluciones judiciales en la Unión Europea³²⁰. Otros en cambio plantean la necesidad

³¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., pp. 67 y 68, y SCHULTE-NÖLKE, H., «How to realise the “Blue Button”? - Reflections on an optional instrument in the area of contract law», cit., p. 92.

³¹⁹ La tutela cautelar está conociendo de una aplicación fructífera tanto por el legislador comunitario, en la legislación que comentamos, como por la asimilación de la jurisprudencia del TJUE, como pone de relieve QUERZOLA, L., «Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 2, 2001, p. 522, fruto de la interacción con los ordenamientos internos y las tradiciones jurídicas de los Estados.

³²⁰ TIT, N.-H., «How far have we reached in European cooperation in civil matters? A view on european enforcement», *CES Working Papers*, vol. VII, 2A, 2015, pp. 644-645. En ese sentido el autor propone dos sistemas: o bien la elaboración de una reglamentación que establezca que una resolución dictada en un

de nuevos cauces jurídicos que permitan una ejecución transfronteriza ante el incremento y surgimiento de derechos subjetivos reclamables en toda la Unión (como las prácticas comerciales desleales o los daños antimonopolio) que no se limitan al alcance territorial de la legislación de los Estados miembros³²¹.

Siendo el objeto del presente trabajo el estudio de la posible armonización de los procesos nacionales de ejecución en el plano europeo, y del actual bloque la potestad de la Unión para legislar en materia procesal civil, se hace necesario estudiar las principales propuestas legislativas e intentos en este campo orientadas al tratamiento de los procesos civiles de ejecución forzosa.

Para ello, el punto de referencia obligado es el Informe del grupo de expertos en Derecho procesal presidido por Marcel Storme a la Comisión Europea de la propuesta de Directiva sobre la aproximación de las leyes y normas de los Estados miembros, que se ocupa expresamente de la ejecución forzada en su punto 12.

De entrada, es preciso apuntar al hecho de que el grupo de trabajo Storme considera que la base jurídica de la aproximación de las disposiciones legales para el establecimiento y funcionamiento del mercado común sería adecuada o el medio más idóneo para armonizar los procesos nacionales de ejecución forzosa. En tanto que los derechos subjetivos pueden aplicarse voluntariamente o mediante coacción, el mejor derecho sustantivo carecería de valor real si no se complementa con un procedimiento que garantice, además de la determinación judicial de los derechos subjetivos, una ejecución forzosa que dé al titular del derecho, con la ayuda de los órganos estatales competentes, todo lo que pueda solicitar en base a derecho³²².

Para la Comisión Storme la clave del sistema de protección de los derechos sustantivos civiles es el proceso de ejecución forzosa. Bajo esta lógica, para que el mercado interior de los Estados miembros sea realmente eficaz resultaría necesario aproximar las disposiciones legislativas a fin de lograr una aproximación de las leyes de proceso de ejecución civil de los Estados miembros de la Unión. Tal aproximación permitiría a los ciudadanos, mediante un procedimiento claro e inteligible, obtener el restablecimiento pleno del derecho sustantivo infringido.

Otro argumento esgrimido en favor de una ejecución forzosa común sería que, siendo la ejecución forzosa la aplicación coercitiva del derecho en sus relaciones jurídico-

Estado miembro de acuerdo con sus procedimientos judiciales puede ser certificada como un Título Ejecutivo Europeo, tras lo cual con esta certificación puede circular libremente y ser ejecutada en el Estado miembro de destino, sin necesidad de una declaración de ejecutabilidad o *exequatur* en el Estado en el que se va a realizar la ejecución (en la línea de Reglamento N° 805/2004); y por otro lado, la creación de procedimientos europeos, distintos de los nacionales, pero que deban ser aplicados por los tribunales nacionales (en la línea del Reglamento (UE) 1896/2006). En similar sentido, NORMAND, J., «Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne», cit., pp. 396-397.

³²¹ MICKLITZ, H., «Transborder Law Enforcement— Does it Exist?», en WEATHERILL, S. y BERNITZ, U. (coords.) *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Londres, Hart Publishing, 2007, p. 253.

³²² STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, cit., p. 108 y 178.

privadas, se reforzaría la confianza de los ciudadanos en el Ordenamiento de la Unión. Debido a que la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales dan lugar a un gran número de procedimientos civiles que conllevan una reclamación económica en el fondo de cada asunto, si la ejecución forzosa se rigiese por un derecho común europeo se fortalecería la aplicación eficaz del Derecho de la Unión y su respeto por los agentes económicos. Y en tanto que los derechos en los que se plasman las libertades del mercado interior en última instancia generan la obligación del pago de una deuda, los Estados miembros necesitarían por tanto instrumentos eficaces y efectivos para obtener un verdadero restablecimiento del derecho, pues de lo contrario sería difícil aspirar a conseguir de forma plena los objetivos del mercado interior³²³.

En definitiva, la aproximación de las instituciones de ejecución nacionales sería posible y al mismo tiempo absolutamente necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior.

De esta forma se repara en el hecho de la existencia, en el derecho comparado, de una gran diferencia en las legislaciones relativas al proceso civil de ejecución, que darían lugar a notables diferencias en las disposiciones que regulan importantes cuestiones de aplicación. El grupo Storme plantea ejemplos tomando como referencia al órgano o profesional encargado de la ejecución: por un lado, ordenamientos en los que la ejecución es asistida por un órgano jurisdiccional (como ocurre en el ordenamiento español con la orden por la que se despacha ejecución, o el portugués), otros en los que está asistido por funcionarios que no forman parte del poder judicial (Alemania), o en el que se confía la ejecución a un profesional independiente del juez (como Francia, con los *huissier de justice* que se analizarán en el apartado correspondiente a la ejecución hipotecaria en Francia). De esta forma, para el grupo Storme los sistemas de ejecución europeos se diferencian en tres grupos: (1) por un lado los sistemas de Europa continental influenciados por el Código francés o por el Código alemán, conocido como franco-alemán, (2) los sistemas de derecho anglosajón o *common law* y (3) los sistemas del sur de Europa, como España y Portugal, con reglas completamente diferentes³²⁴ (donde entendemos se englobaría igualmente Italia por sus rasgos comunes).

A efectos de un estudio sistemático de los modelos comparados de la ejecución de la hipoteca y para establecer criterios comunes de las respectivas tradiciones internas, en el presente trabajo se procederá al estudio de determinados Derechos internos a modo de muestra de cada uno de los referidos sistemas, como se hará en el capítulo referido al estudio comparado.

La búsqueda de una solución común para conseguir un proceso de ejecución, constituye un claro objetivo para la Comisión Storme, que en su informe toma como referencia o punto de aproximación el “Código Tipo Iberoamericano” del Instituto

³²³ *Ibid.*, p. 178.

³²⁴ *Ibid.*, p. 109.

Iberoamericano de Derecho Procesal, calificado como sistema moderno y claro destinado a unificar el procedimiento civil en el mundo hispano.

No obstante, la Comisión Storme advierte esta circunstancia como una clara dificultad para armonizar el proceso de ejecución forzosa a nivel europeo. La diversidad de raíces del proceso civil europeo de ejecución (franco-alemán, anglosajón y del sur de Europa, inicialmente denominado ibérico) impide una total unificación y sistematización. No obstante, la misma reivindica como indispensable un acercamiento en lo que respecta a ciertas figuras e instituciones jurídico-procesales de los medios de ejecución que aseguren la eficacia de los derechos sustantivos. Todo ello en pos de la eficacia y garantía de la seguridad de las relaciones comerciales, que reclama la aproximación de legislaciones para el establecimiento y desarrollo del mercado interior, sumándose la necesidad de dicho mercado de disponer de instrumentos claros y sencillos³²⁵.

Tal vez la diversidad de sistemas jurídico-procesales de ejecución en el continente europeo sea la causa por la que, en el Informe de 2017 de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, sobre la Propuesta de normas mínimas comunes de procedimiento civil en la Unión se omiten la propuesta de medidas de armonización relativas a la ejecución forzosa.

De esta forma, adquiriría una especial relevancia el estudio de las propuestas efectuadas por la Comisión Storme en relación a la armonización europea de los procesos de ejecución, de la que cabe destacarse su carácter de armonización parcial en tanto que la intención de los proponentes se centra en aspectos puntuales del proceso de ejecución y en ningún modo pretende configurar un proceso detallado o estructurado en su totalidad.

Una de las primeras cuestiones abordadas por la propuesta Storme se centra en la posibilidad de adoptar medidas provisionales como garantía de la eficacia de la ejecución. Por un lado, se percata una diversidad legislativa en relación al plazo de espera para que el deudor pueda cumplir voluntariamente su obligación (proponiéndose a modo ejemplificativo su estandarización en 15 días). Respecto a su tipificación, se prefiere optar por el criterio de aquellas que el tribunal considere apropiadas (*numerus apertus*) pudiendo ser susceptibles de solicitud tanto por el acreedor como por el deudor³²⁶.

Al hilo de las medidas provisionales susceptibles de adopción iniciado el proceso de ejecución, la Comisión se ocupa de la suspensión del proceso. Si bien se prefiere optar por un sistema de motivos abiertos, quedando sujeto a la discreción del juez, se establece que será siempre por una “causa grave”. Pero en definitiva se prefiere que en los sistemas procesales europeos el tribunal tenga plena discreción en cuanto a las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. En cualquier caso y para garantizar la ejecución de la sentencia evitando por tanto el aplazamiento fraudulento de la ejecución se prefiere que

³²⁵ *Ibid.*, p. 110.

³²⁶ *Ibid.*, pp. 150 y ss.

la suspensión adoptada por el juez en el proceso sea restringida en el tiempo, sólo se permitiéndose una (proponiéndose que de hasta quince días).

De hecho, en los Principios transnacionales del proceso civil del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) se incorporó posteriormente, en la regla 35-3, la posibilidad de suspender la ejecución en caso de recurso contra la sentencia (ciñéndose la regla a la ejecución de sentencia, no obstante) en espera de la apelación cuando sea necesario en interés de la justicia³²⁷.

Otro elemento lo constituirían los títulos ejecutivos. Para la Comisión Storme su contenido estaría ligado a dos cuestiones fundamentales. Por un lado, el contenido de la obligación; por otro la determinación del deudor contra el que se ejecuta dicha obligación y el acreedor que la promueve. Siendo consciente de las muy graves consecuencias que conllevaría para el patrimonio del deudor ejecutado, la propuesta deja claro que resultaría necesario definir con el mayor rigor posible los límites de esta obligación que surge del título, en aspectos como la exactitud, la concreción y la liquidez que deben aparecer con absoluta claridad. Como análisis conjunto se deja constancia que estos aspectos serían prácticamente obligatorios en todas las legislaciones comunitarias. Por ello, la comisión Storme considera que la concreción de una lista cerrada que contenga la enumeración de títulos a un nivel supranacional europeo resultaría superflua.

En cualquier caso, la Comisión Storme se remitiría a la conceptualización general de títulos efectuada en el Convenio de Bruselas de 1968 como elemento interpretativo (materia hoy regulada en el art. 2 Reglamento 1215/2012) para diferenciar por un lado las resoluciones³²⁸ de otros títulos ejecutivos³²⁹. Para el grupo de expertos esta diferenciación dada por la normativa europea podría causar algunas dificultades debido a la diferencia de la legislación de los países de la Unión sobre lo que se considera como título ejecutivo o no en sus respectivos Derechos procesales. Por ello se advierte de que, a fin de permitir la libre circulación de todos los títulos no judiciales, deben ser ejecutables por el tribunal del Estado requerido.

Esta cuestión ha resultado ya parcialmente objeto de armonización legislativa a través del Reglamento n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril

³²⁷ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, I., *Principles of transnational civil procedure: as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, May 2004 and by UNIDROIT*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 154.

³²⁸ Que como se ha apuntado antes (BACHMAIER WINTER, L. Y OTROS, «Reconocimiento y ejecución (I). Cuestiones generales. Procedimiento par la obtención del reconocimiento y el exequatur», cit., p. 346) en su concepto autónomo de Derecho de la Unión goza de amplitud en la definición dada por el art. 2-a) del Reglamento 1215/2012 como la *decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso*, siendo indiferente que sea dictado por el órgano jurisdiccional o por la oficina judicial en pos del favorecimiento de la libre circulación de resoluciones.

³²⁹ Aquí podrían incluirse la transacción judicial, entendida como “*un pacto aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el curso del procedimiento*”, y el documento público, definido como “*un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad*”.

de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, cuyo objeto precisamente es la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva (art. 1). El art. 5 del Reglamento establece que una resolución que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad de impugnar su reconocimiento, favoreciendo así la libre circulación de títulos ejecutivos sin necesidad de exequátur.

Por otro lado el Reglamento 805/2004 se abstiene de establecer un catálogo cerrado de títulos ejecutivos, dotando de eficacia ejecutiva a todos los títulos ejecutivos regulados en el ordenamiento interno de cada Estado, en tanto que su art. 6-1 expresamente señala para las resoluciones que *“Una resolución sobre un crédito no impugnado³³⁰ dictada en un Estado miembro será certificada como título ejecutivo europeo, previa petición presentada ante el órgano jurisdiccional de origen en cualquier momento, cuando: a) la resolución sea ejecutiva en el Estado miembro de origen”*. Similar criterio y efectos se sigue para los documentos públicos en su art. 25-1, permitiendo que sean certificados como título ejecutivo europeo aquellos que sean ejecutivos en un Estado miembro.

Si bien el concepto de título ejecutivo europeo no se define en sentido estricto en el Reglamento 805/2004 (si bien en su art. 3 se dice que se aplica a resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados), destaca el hecho de que la Directiva 2011/7/UE, sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales sí lo hace. En su art. 2-10 expresamente se define como *“toda decisión, sentencia u orden de pago, ya sea de pago inmediato o de pago a plazos, dictada por un tribunal u otra autoridad competente, incluidas las que son ejecutivas provisionalmente, que permita al acreedor obtener la ejecución forzosa de su crédito frente al deudor”*. No obstante, el recorrido de este concepto será más restringido, pues como aclara el considerando 32 de dicha Directiva 2011/7, el concepto a efectos de la misma no debe regular los procedimientos para la ejecución forzosa de dicho título ni las condiciones bajo las cuales se puede detener o suspender la ejecución forzosa del mismo.

Fuera del ámbito objetivo del Reglamento 805/2004, la fuerza ejecutiva de una resolución o documento en un Estado miembro que no sea el emisor habrá de canalizarse a través de los instrumentos generales ya referidos en el apartado de cooperación judicial en materia civil (como el Reglamento n° 1215/2012).

³³⁰ Entendiéndose por no impugnado, anendiendo al concepto autónomo que se ha interpretado del Derecho de la Unión, como el comportamiento procesal del deudor en relación al crédito, entendido como cuestión de fondo del procedimiento. Se considerará impugnado el crédito si el deudor se opone a la reclamación del actor cuestionando su existencia, exigibilidad o cuantía. Vid. SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados», en DE LA OLIVA SANTOS, A., SENÉS MOTILLA, M. DEL C. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen II*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 62-63.

Otro de los aspectos abordados por la Comisión Storme fue la oposición a la ejecución³³¹. Para el grupo de expertos en el derecho de la Unión debía procederse a la armonización de dos cuestiones principales: por un lado, los motivos de la oposición, y por otro las consecuencias jurídicas de dicha oposición. La razón se fundamentaba en el hecho de que los motivos de la oposición se encuentran regulados de manera muy diferente entre los Estados miembros de la Unión. En cualquier caso, la Comisión identificó, de forma no exhaustiva, los tres motivos de oposición más frecuentes: la inexistencia de la deuda, la inexistencia del título ejecutivo y la conculcación de normas procesales. Respecto a las consecuencias jurídicas de la oposición (y al margen de lo ya enunciado en relación a la suspensión), la Comisión adopta una postura tuitiva del deudor ejecutado en relación a sus resultados propuestos. De esta forma se proponen dos consecuencias mínimas: por un lado, el alzamiento del embargo, y por otro lado la restauración de la situación anterior, con las consiguientes restituciones o indemnizaciones (para el supuesto en el que el bien inmueble ya hubiese sido transferido, atendándose a los derechos adquiridos por terceros de buena fe).

La posibilidad del ejecutado de oponerse a la ejecución se consolida de este modo como un estándar internacional idóneo en los procesos de ejecución. De igual manera, entre los principios rectores del Código Tipo Iberoamericano de Montevideo de 1988 se prevé la posibilidad de que el ejecutado, más allá de la facultad de controlar la ejecución del título, pueda oponerse a la ejecución alegando la extinción total o parcial de la ejecución (exigiéndose, para evitar las eventuales dilaciones, un principio de prueba documental para la admisión del incidente)³³².

Igualmente destacan las consideraciones sobre la determinación de los bienes del deudor a efectos de ejecución, señalándose como cuestión muy controvertida. El dimorfismo legislativo entre los Estados miembros llega a ser tan grande que se opta con que cada Estado adopte su propia fórmula a fin de comprometerse a resolver tal asunto con los fines de dificultar la prevención de la ocultación de bienes, o lo que es lo mismo a una insolvencia ficticia que haga ineficaz tanto el embargo como la ejecución.

Con carácter general se propone establecer la obligación del deudor de declarar sus bienes, es decir, que ante la ejecución iniciada el deudor tenga el deber legal de dar cuenta de todos los bienes que forman parte de su patrimonio y que puedan ser objeto de embargo³³³. No obstante, la solución que aportan los Estados miembros de la Unión es ampliamente diversa. En virtud de la legislación alemana, la declaración de bienes se hace

³³¹ STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, cit., p. 152 y ss.

³³² GELSI BIDART, A. Y OTROS, *El código procesal civil modelo para iberoamérica. Historia-antecedentes-exposición de motivos*, cit., p. 47. En relación al art. 319-3 del Código Tipo.

³³³ Idea admitida posteriormente en los Principios de Derecho procesal civil transnacional del instituto UNIDROIT, punto 35-2, así como la posibilidad del tribunal para ordenar a quienes no sean partes que revelen información relativa a los bienes del deudor de la sentencia (p. 35.2.5), Vid. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, I., *Principles of transnational civil procedure: as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, May 2004 and by UNIDROIT*, cit. p. 154.

bajo juramento³³⁴ (previéndose sanciones penales efectivas a tal efecto), siendo similar en Dinamarca o Grecia. En Francia, la búsqueda de bienes del deudor se regula entre los arts. L152-1 a L152-3 del *Code des procédures civiles d'exécution*, en el que se establece la obligación de las administraciones públicas así como de los establecimientos financieros autorizados a mantener cuentas de depósito, en colaborar con el *huissier de justice* para determinar la dirección del deudor, la identidad y la dirección de su empleador o de cualquier tercero deudor o depositario de sumas líquidas o pagaderas y la composición de su patrimonio mobiliario o inmobiliario (información que sólo podrá utilizarse en la medida necesaria para la ejecución del título, castigándose con el delito de revelación de secretos del art. 226-21 del Código penal francés).

Ante ese panorama, la Comisión Storme se decanta por considerar que el procedimiento más eficaz sería la declaración de los bienes del deudor como medio más adecuado para la ejecución. Ello no sería obstáculo para el establecimiento de colaboración con los órganos jurisdiccionales o agentes de la ejecución para proporcionarles la información necesaria para identificar los bienes del deudor de la manera más completa posible. Y debido a la libre circulación de capitales (que se desarrollará en ulteriores apartados), se reforzaría el argumento de que todos los organismos públicos o privados tendrían la obligación de prestar su colaboración para la determinación e investigación de bienes a efectos de ejecución.

El embargo constituiría igualmente otra dimensión que la Comisión Storme propone para armonizar. Con carácter general se plantea que todos los bienes que puedan convertirse en dinero deben ser susceptibles de ser embargados, para que el producto pueda utilizarse para pagar la obligación derivada del título ejecutivo. La razón para justificar un embargo armonizado sería su gran importancia para la realización de la libre circulación dentro de Unión (y en concreto de mercancías y capitales), donde las reclamaciones económicas serían las más importantes. De este modo se advierte de la necesidad de que los Estados Miembros deben regular cuidadosamente el marco jurídico del embargo para tratar de aproximar entre sí las normas de procedimiento y abarcar tanto los bienes presentes como los futuros. En concreto habría un tema de difícil conciliación, como serían los bienes que quedarían exentos de incautación.

Para el grupo de expertos, las excepciones al embargo se agruparían en función de dos criterios: el interés público y el interés privado. Esta cuestión requeriría una verdadera armonización, ya que las normas vigentes en los países de la UE serían muy heterogéneas advirtiéndose el surgimiento de eventuales problemas constitucionales. Si bien sería materia de cada legislación nacional el regular tal cuestión de acuerdo con la política social y general de cada Estado, el grupo de trabajo sintetiza un principio general

³³⁴ Artículo § 802c del Zivilprozessordnung o ZPO, según el cual el deudor indicará todos los bienes que le pertenecen a efectos de ejecución. En el régimen anterior a la *Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung* (Ley de reforma de la aclaración de los hechos en la ejecución de las sentencias) el deudor debía prestar juramento de bienes. Con la reforma del párrafo 3º del art. § 802c ZPO el deudor sólo prestará juramento (en lugar de una declaración jurada) en el que conste que, a su leal saber y entender, ha dado la información prevista sobre los bienes que le pertenecen de forma correcta y completa.

de embargabilidad, de sometimiento a la ejecución de todos los bienes del deudor, limitado por aquellas excepciones que justificadas por consideraciones humanas o por exigencias del derecho público. Entre ellas se destacarían, como excepciones más comunes, las pensiones, sumas y pagos de alimentos, los bienes necesarios para la vida y el trabajo del deudor, los bienes indispensables para los discapacitados o destinados al cuidado de los enfermos, así como los bienes de los agentes diplomáticos y de los funcionarios de las organizaciones internacionales.

Otro punto en el que el grupo de trabajo Storme propone la aproximación legislativa es en la subasta³³⁵. La venta judicial sería la forma más común y efectiva de materializar la ejecución forzosa en tanto que su gran importancia se orientaría en obtener, si no el restablecimiento del derecho violado al menos un remedio económico equivalente a partir del producto de la venta. Para la aproximación de las normas nacionales en esta materia se subraya la complejidad de los actos procesales que conllevaría. Es así que para el grupo de trabajo en casi todas las legislaciones de la Unión se encontrarían las siguientes cinco etapas básicas: 1) fijación de un precio mínimo, que serviría de tipo para la subasta; 2) la subasta; 3) la venta del bien al rematante; 4) el pago o la expropiación de los bienes ya afectados por el previo embargo; y 5) la liquidación, siendo la última etapa de la realización forzosa.

Para el grupo de trabajo la subasta entraña gran importancia práctica en relación a la diversidad de bienes que pueden haber sido embargados. En este caso, la obtención de un precio mínimo se plantea como una clara necesidad para que los Estados miembros planteen una aproximación en tanto que la materia subyacente (reclamación del pago de deudas) constituiría una de las principales reclamaciones judiciales de los ciudadanos y entidades de la Unión. Por ello, se pone de relieve la necesidad de que la venta se realice en las mejores condiciones para obtener un precio más alto. Ello implicaría, con independencia del ente subastador, asegurar que la subasta se haga si es necesario mediante un control judicial, y se asegure al mismo tiempo la transparencia de las operaciones. Todo ello en pos de evitar liquidaciones irrisorias, donde jugaría un papel especial la fijación de un precio. De lograrse se conseguiría, a juicio de la Comisión Storme, una armonización efectiva del proceso civil.

En definitiva, en la subasta los Estados deberían asegurar todas las garantías necesarias para la transparencia del procedimiento y respetando un precio mínimo (en la propuesta Storme sería el establecido por cada autoridad de aplicación, pero incluso podría plantearse la posibilidad de modularse o establecerse un criterio mínimo común al respecto para proceder al avalúo o determinación del valor bien para que salga a subasta, o un mínimo para la adjudicación del bien en subasta).

Una subasta transparente y con precio mínimo garantizado es igualmente prevista en el Código Tipo Iberoamericano de 1988 (arts. 326-1 a 326-6), estableciéndose en la propuesta iberoamericana como tipo para la subasta las dos terceras partes en la primera

³³⁵ STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, cit., pp. 154 y ss.

subasta, o si esta quedase frustrada habría de preverse la celebración de un nuevo remate en el que el bien tendría como base el cincuenta por ciento de la tasación efectuada.

El último aspecto propuesto para armonizar es la llamada “indexación”. El fundamento de la misma sería que el proceso civil no es un acto instantáneo, y por lo tanto entre la demanda inicial y la sentencia transcurre un período más o menos largo en el que puede producirse una modificación o alteración económica del valor de la deuda (tal y como la fluctuación cíclica de la inflación, etc.). Ello se traslada al proceso de ejecución (tomándose como referencia el momento de la distribución del producto tras la subasta) en tanto que, respecto al pago de una suma de dinero, el aumento del índice que pueda sufrir un país de la Unión podría conllevar una injusticia de la que serían responsables la duración del procedimiento y la depreciación monetaria. De este modo, el grupo de expertos, teniendo en cuenta las diferencias entre los sistemas procesales proponen la indexación de las deudas, debiendo adoptar los estados criterios objetivos y uniformes para que la duración del procedimiento de la ejecución no perjudique al acreedor. De esta forma, se reforzaría la equidad entre los países de la Unión.

Como se ha comentado en el desarrollo argumentativo del presente epígrafe, y al margen de los instrumentos generales de cooperación judicial en materia civil citados en el epígrafe correspondiente, a fecha de redacción del presente trabajo la Unión no ha canalizado ninguna propuesta para aproximar las legislaciones procesales en materia de proceso de ejecución forzosa en instrumento general de Derecho de la Unión, como en la Propuesta de recomendaciones sobre normas mínimas comunes de procedimiento civil en la Unión de 2017. Sí que se ha tramitado, al hilo del objeto principal de la presente tesis una Propuesta de Directiva de 14 de marzo de 2018 que entre otros aspectos se propone establecer unas normas mínimas armonizadoras de un proceso de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales, y que se estudiará en el apartado correspondiente.

Ello no quiere decir que, como sostuvo en su momento el Informe del grupo de expertos presidido por Marcel Storme en 1993, la base jurídica de aproximación de legislaciones nacionales para el establecimiento o funcionamiento del mercado interior pueda ser adecuada para aproximar el proceso de ejecución si bien, como se ha visto en el presente capítulo, tal base jurídica no es incombustible y su ámbito objetivo puede ser objeto de control por el TJUE de no apreciarse la concurrencia de los requisitos esenciales del mismo (como constituyen la existencia de disparidades entre las regulaciones nacionales o la existencia de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales del mercado interior o de distorsiones de la competencia).

Admitiéndose tan sólo parcialmente la viabilidad del recurso a esta base, se hace preciso el estudio de otras bases jurídicas complementarias que puedan justificar la armonización del Derecho procesal en el plano europeo, donde adquiere especial importancia el cauce de los poderes implícitos.

IV. EL CAUCE DE LOS PODERES IMPLÍCITOS COMO MECANISMO PARA COMPLEMENTAR LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

1. Criterios y características generales de la cláusula de flexibilidad

Del análisis de los puntos anteriores puede determinarse que las bases jurídicas contenidas en los artículos 81 y 114 del TFUE, si bien constituyen un indudable punto de inicio para fundamentar una posible armonización europea del Derecho procesal, adolecen de notables limitaciones intrínsecas que podrían restringir su propio ámbito.

La repercusión transfronteriza que constriñe el artículo 81 TFUE, si bien habilita una armonización orientada a múltiples fases elementos fundamentales del proceso, reduce su ámbito de aplicación a los litigios transfronterizos. Por su parte, el art. 114 TFUE permite la regulación de aspectos del Derecho procesal que incidan en litigios de ámbito nacional, pero siempre que se cumpla alguna garantía para el establecimiento o funcionamiento mercado interior o alguno de los ámbitos especialmente protegidos por esta base jurídica (como el Derecho de consumo) como se ha estudiado en el punto anterior. De este modo, esta base resultaría igualmente insuficiente para armonizar (bien sea vertical u horizontalmente) aspectos integrales del Derecho procesal.

Ambas bases jurídicas, como se ha analizado, han sido argumentadas y empleada en este sentido. Por ello, es preciso plantearse hasta qué punto la cláusula de poderes implícitos contenida en el art. 352 TFUE podría constituir un complemento a las anteriores bases jurídicas para que el legislador de la Unión pueda armonizar con mayor grado de libertad aspectos esenciales del Derecho procesal civil interno, y en particular del proceso de ejecución.

De este modo por medio de la denominada cláusula de flexibilidad contenida en el art. 352 del TFUE se faculta a la Unión para adoptar las medidas que resulten necesarias para alcanzar sus objetivos cuando los Tratados no prevean una base jurídica específica. Este precepto tendría como objeto permitir a la Unión hacer frente a cualquier

insuficiencia de las competencias que le han sido conferidas, expresamente o de forma implícita, para la consecución de sus objetivos³³⁶.

Como señalan algunos autores, el proyecto de integración europea ha sido concebido desde sus inicios para un desarrollo a largo plazo, entre otras facetas por las actividades legislativas de sus instituciones. Incluso los Estados miembros fundadores de la Comunidad Económica Europea eran conscientes de que las competencias de las instituciones legislativas que se destacaban expresamente en el Tratado podían no ser suficientes para la plena realización de los objetivos del mismo. Dada cuenta del principio de atribución de competencias, el cual exige una competencia específicamente determinada para cada acto jurídicamente vinculante de la Comunidad, se permitió desde la versión original del Tratado de Roma (art. 235), que el Consejo pudiese adoptar un acto legislativo para alcanzar los objetivos del Tratado incluso en los casos en que el Tratado no había establecido las competencias adecuadas. Por ello y para no tener que recurrir a la modificación del Tratado en vistas a la adopción de un acto legislativo concreto en el que la competencia fuese insuficiente, lo cual supondría atenderse a un procedimiento de tramitación más compleja, fue diseñada la cláusula de flexibilidad³³⁷.

Como establece el punto 89 del anteriormente citado Dictamen del TJUE Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, este precepto permite a la Comunidad paliar o compensar la insuficiencia de las facultades que se le confieren, explícita o implícitamente, con vistas a la realización de sus objetivos. A pesar de ello, el propio Tribunal de Justicia matiza que esta base jurídica no puede constituir, como tal, un título de competencia exclusiva de la Comunidad.

El art. 352 de este modo no puede considerarse como una competencia exclusiva de la Unión, apuntando el Dictamen 1/94 que propiamente se trata de una competencia compartida. No en vano el art. 4-1 TFUE define esta categoría al declarar que “*La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6*”.

La doctrina considera que la habilitación legislativa conferida en virtud del artículo 352 TFUE no puede calificarse de competencia implícita, en tanto que se trata de una competencia conferida explícitamente en el derecho primario³³⁸. El recurso a la

³³⁶ Si bien puede desprenderse que las competencias expresas son aquellas que aparecen expresamente especificadas como tales en los tratados, una competencia implícita de la Unión puede existir en el sentido de que puede derivarse de la interpretación de una norma existente de la Unión por el llamado “efecto útil” de una norma expresa o como un poder implícito a dicha norma. Vid. GEIGER, R., «Article 352. Flexibility clause», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Beck, 2015, p. 1052. En cualquier caso, el art. 352 habilitaría también las llamadas “competencias subsidiarias”, que serían aquellas que ni se encuentran reflejado de forma expresa ni implícita de otra norma de Derecho primario pero que se entiende necesaria para lograr alguno de los objetivos de la Unión en las condiciones que se especifica art. 352 en las condiciones que se detallarán en el presente epígrafe.

³³⁷ *Ibid.*, p. 1050.

³³⁸ KELLERBAUER, M. Y KLAMERT, M., «Commentary to article 352», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 2074.

cláusula de flexibilidad no estaría permitido para la adopción de actos que tengan una repercusión fundamental en el Derecho primario. De este modo en el p. 29 del Dictamen del TJUE 2/94 de 28 de marzo de 1996, relativo a la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, expresamente se contempla que el acto sometido a dictamen tenía por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las Instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado. Y era preciso tener en cuenta que la cláusula de flexibilidad condicionaba como requisito que dichos poderes resultasen necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos por el Tratado.

En esta delimitación y a juicio del Dictamen 2/94 (p. 30) el principio de competencia de atribución condicionaría ineludiblemente el desarrollo legislativo bajo la luz de este precepto, en tanto que dicha disposición no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad. Del mismo modo este precepto sería infértil para adoptar disposiciones modificadoras del Derecho primario³³⁹.

La redacción de la cláusula de flexibilidad puede inducir a error en cuanto su tenor imperativo o no (*el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas*). Pero, en cualquier caso, el artículo 352 TFUE no impone a la Unión ninguna obligación de actuar cuando la acción de la Unión pueda resultar necesaria. Así, lo ha establecido el Pleno del TJUE en su Sentencia de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12, caso Pringle, indicando que esta disposición no impone ninguna obligación de actuar (p. 67)³⁴⁰.

Como señala la doctrina autorizada, la cláusula de flexibilidad no debe utilizarse para ampliar la jurisdicción de la Unión (que se deriva de sus objetivos y definición funcional como se encuentran explícita e implícitamente en otras partes del Tratado) añadiendo nuevos objetivos o modificando los ya existentes. A pesar de ello, dado que el lenguaje del artículo es textualmente ambiguo y que conceptos como “objetivos” son por naturaleza de textura abierta, se ha planteado la cuestión de hasta qué punto más allá de la definición literal del Tratado de las esferas de actividades y poderes de la Unión, el uso del artículo permitirá legislar sin modificar realmente el Tratado³⁴¹.

De este modo, el ámbito del artículo 352 del TFUE no se limita al ámbito de una política específica de la Unión, sino que exigiría y se enmarca en los objetivos generales de los Tratados. Dentro del tratado se ubica en sus disposiciones en la séptima parte, sobre disposiciones generales y finales, en lugar del Título I donde se detallan las competencias concretas. En cualquier caso existe apoyatura en el hecho de que el artículo 354 del TFUE

³³⁹ La cláusula de flexibilidad no puede emplearse para determinar la competencia de la competencia o *kompetenz-kompetenz*, que seguiría recayendo sobre los Estados, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Las competencias comunitarias», cit., p. 18.

³⁴⁰ “La cláusula de flexibilidad no crea ninguna obligación, sino que confiere al Consejo una facultad” (p. 95 de la Sentencia del TJUE de 31 de marzo de 1971, C- 22/70).

³⁴¹ WEILER, J., «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 1991, p. 2444.

puede ser invocado contra una interpretación demasiado estricta del principio de atribución de competencias del art. 5-1 y 2 del TUE, debatiéndose el hecho de si las instituciones de la UE amplían indebidamente las competencias que les han sido conferidas en los Tratados (denominado “arrastré de competencias”)³⁴².

Del art. 352 se ha criticado que, junto con el art. 114, pueden conllevar el fenómeno del “arrastré de competencias”, en el sentido que puede llevar a la Unión a expandirse más allá de su propio ámbito definido de competencias. De hecho, se critica que son dos bases jurídicas que deberían haber permanecido hermanadas en un nuevo procedimiento legislativo que implicase la supervisión política por parte de los Parlamentos nacionales. En cualquier caso, como se ha hecho referencia a lo largo de los anteriores epígrafes, el art. 114 ha servido de trampolín a la Unión para llevar a cabo un uso enérgico de la armonización en determinadas esferas (como política de salud o consumo). En cambio al art. 352 se le acusa de ser una amenaza a los límites de aplicación del Tratado, sin que pueda emplearse mediando otra base más específica³⁴³.

E igualmente se ha criticado el recurso a esta cláusula en un estadio maduro de la integración europea. El argumento que podría esgrimir era que la cláusula de flexibilidad podría haber sido útil en etapas anteriores del proceso de integración europea. A día de hoy, tras el Tratado de Lisboa y siendo la Unión una organización “adulta” con un gran número de poderes expresos, se cuestiona la necesidad de un poder residual de este tipo³⁴⁴.

La cláusula de flexibilidad está presente en el Derecho primario desde la versión original del Tratado de Roma (art. 235), pasando al art. 308 con la versión del Tratado de Niza³⁴⁵. El Tratado de Lisboa introdujo una modificación fundamental: se permite el uso de esta base jurídica de manera más general “en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos³⁴⁶” y no como antes que se

³⁴² KELLERBAUER, M. Y OTROS, «Commentary to article 352», cit., p. 2073.

³⁴³ WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court’s Case Law has become a “Drafting Guide”», cit., pp. 855-856.

³⁴⁴ CLAES, M. Y OTROS, «Competences: codification and contestation», cit., p. 61. Igualmente SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 117, plantea que este precepto ha perdido parte de su atractivo en tanto que la relación de competencias y ámbitos en los que actualmente puede actuar la Unión es muy extensa (máxime tras la promulgación del Tratado de Lisboa).

³⁴⁵ La importancia institucional de esta base se ha puesto de relieve en puntos trascendentales de la integración europea, como la Cumbre de Jefes de Estado de París de 19 y 20 de octubre de 1972, en cuya declaración final se manifestó que “*con vistas a realizar especialmente las tareas definidas en los diferentes programas de acción, sería indicado utilizar, tan ampliamente como sea posible, todas las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 235 del Tratado de la C.E.E*”, dando especial protagonismo a la cláusula de flexibilidad dados los objetivos propuestos por la Unión como medio ambiente, la investigación, la política energética industrial y la política regional, social y monetaria. Vid. GEIGER, R., «Article 352. Flexibility clause», cit., p. 1050.

³⁴⁶ La expresión “objetivos fijados por los Tratados” es una fórmula empleada igualmente por el legislador en otros ámbitos, como el contenido en el art. 216, relativo a la celebración de acuerdos de la Unión con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales. Este artículo precisa que la celebración del acuerdo debe ser necesario “para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados”, de forma análoga a como establece el comentado art. 352. El tenor de la expresión “objetivos fijados por los Tratados” fue interpretado en los puntos 239 a 241 del Dictamen del Pleno del TJUE 2/2015 de 16 de mayo de 2017. El TJUE entendió que la libre circulación de capitales

limitaba “necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad”. Es por la ampliación de su ámbito que el art. 352 del TFUE pasa a exigir una serie de requisitos, salvaguardias y limitaciones que no existían con carácter previo al Tratado de Lisboa.

Como requisitos esenciales de procedimiento en el párrafo primero se exige el requisito de la adaptación por unanimidad del Consejo y previa aprobación del Parlamento Europeo. Es precisamente la nota de la unanimidad la que da las garantías suficientes y necesarios a los Estados miembros de que el recurso a este artículo no será descontrolado o expansivo³⁴⁷. En el párrafo 2 se exige el llamado “sistema de alerta temprana” para garantizar el respeto del principio de subsidiariedad con la participación de los parlamentos nacionales de los Estados miembros. Esto hace que el procedimiento legislativo se caracterice por exigir la práctica unanimidad de los Estados en su tramitación.

El primer requisito para la aplicación material del artículo consiste en que la acción de la Unión debe resultar necesaria para alcanzar uno de los objetivos establecidos en el Tratado, con exclusión de los objetivos relacionados con la política exterior y de seguridad común (expresamente excluida del ámbito de aplicación del artículo en virtud del párrafo 4º).

Para interpretar este requisito es preciso acudir a la Declaración 41 del Tratado de Lisboa. Según la misma la referencia hace el art. 352 TFUE a los objetivos de la Unión remite a los objetivos enunciados en el art. 3 párrafos 2 y 3 TUE y 3-5 TUE de dicho Tratado, relativo a la acción exterior. Esta declaración impide que las acciones legislativas basada en el art. 352 TFUE puedan perseguir únicamente los objetivos contemplados en el art. 3-1 TUE (relativos a la promoción de la paz, los valores de la Unión y el bienestar de sus pueblos). De esta forma el empleo de dichos objetivos, por su carácter genérico, no pueden justificar por sí mismos la adopción de medidas legislativas sobre dicha base jurídica.

A priori podría argumentarse que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, así como la integración del mercado interior forman parte respectivamente de los párrafos 2º y 3º del art. 3 TUE, por lo que nada impediría la ampliación de competencias de la Unión en tales materias por la vía de la cláusula de flexibilidad.

El fundamento de esta declaración estribaría en la necesidad de distinguir los objetivos y valores específicos de los muy generales como algunos de los que figuran en los preámbulos de los Tratados o en el propio art. 3-1 del TUE (promoción de la paz, los valores de la Unión y el bienestar de sus pueblos). Como advierte GEIGER, si estos

y de pagos entre los Estados miembros y los terceros Estados, prevista por el artículo 63 TFUE, no es oponible formalmente a los terceros Estados. De este modo la celebración de acuerdos internacionales que contribuyan al establecimiento de esa libre circulación sobre una base recíproca puede considerarse necesaria para realizar plenamente esta libre circulación, que es uno de los objetivos del título IV, relativo a la libre circulación de personas, servicios y capitales. De este modo, el Título IV se entendió incluido en el ámbito de la competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros.

³⁴⁷ WEILER, J., «The Transformation of Europe», cit., pp. 2450-2451.

objetivos generales bastaran para crear una competencia de la Unión para los actos legislativos que prevalecen sobre la legislación de los Estados miembros, sería imposible definir la delimitación específica entre los artículos 352 TFUE y 48 TUE, relativo a la modificación de los Tratados (que sería necesaria en vista a la introducción de una nueva competencia). No cabría duda de que esta vía indirecta supondría una violación del principio de atribución de competencias del art. 4-1 TUE, de tal manera que las competencias de la Unión podrían llegar a ser ilimitadas a efectos prácticos, perdiendo los Estados miembros su soberanía y alcanzando la Unión la condición de un Estado federal³⁴⁸.

En cualquier caso, la jurisprudencia del TJUE se inclina a favor del hecho de que las instituciones de la Unión gozan de considerable discreción para decidir si la acción de la Unión basada debe resultar necesaria para alcanzar uno de los objetivos establecidos en los Tratados. Dada la amplitud de los objetivos del art. 3-2, 3 y 5 TUE, las instituciones gozarían de un amplio margen de discreción para evaluar esta necesidad, observando siempre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad³⁴⁹.

Un ejemplo de ello es la Sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94, caso Reino Unido contra Consejo, en el que se admite la validez parcial de la Directiva 93/104 del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Si bien la misma no se encontraba armonizada bajo, en su momento, el art. 235 del Tratado de Roma (sino en la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores del art. 118-A), ofrece un criterio interpretativo fundamental.

En relación al principio de proporcionalidad, se plantea el control jurisdiccional de si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo. El TJUE considera que el Consejo posee una amplia facultad de apreciación por tratarse de un ámbito que implicaba que el legislador se pronunciaba sobre opciones de política social y realizaba valoraciones complejas. De este modo el control jurisdiccional del ejercicio de dicha competencia debía limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si la referida Institución se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación (p. 58 de C-84/94). Por ello la materia de la Directiva no se entendió inadecuada para la consecución del objetivo pretendido.

Otro ejemplo es la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 1997, asunto C-233/94, caso Alemania contra Parlamento y Consejo. En este caso se discutía la validez de la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, armonizada bajo el art. 57 del entonces vigente Tratado de la Comunidad Europea, relativo al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas.

³⁴⁸ GEIGER, R., «Article 352. Flexibility clause», cit., p. 1051.

³⁴⁹ KELLERBAUER, M. Y OTROS, «Commentary to article 352», cit., p. 2075 y GEIGER, R., «Article 352. Flexibility clause», cit., p. 1051.

En la valoración bajo el principio de proporcionalidad el Tribunal de Justicia llegó a la determinación de que no podía sustituir la apreciación del legislador comunitario por la suya. A lo sumo, tan sólo podía censurar la opción normativa si resultaba manifiestamente errónea o si los inconvenientes que causa a ciertos operadores económicos son desmesurados en comparación con las ventajas que pueda presentar por otro lado (p. 56 de C-233/94). Al entender probado de forma suficiente la persecución de un interés legítimo (posibilidad de distorsión del mercado) aceptándose el margen de discrecionalidad de las instituciones.

Lo que parece claro es que de conformidad con el párrafo 4º del art. 352 TFUE no puede facultarse a la Unión para alcanzar los objetivos relacionados con la política exterior y de seguridad común, y las normas promulgadas sobre esta base jurídica no pueden invadir las áreas reservadas a la PESC incluidas entre los artículos 23 a 41 del Tratado de la Unión Europea.

Dada la expresión cabría esperarse que el TJUE haría una interpretación de la exclusión del artículo 352-4 TFUE de forma restrictiva, pero la jurisprudencia apunta a lo contrario. Es el caso de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 3 de septiembre de 2008, asunto C-402/05 P, caso Kadi y Al Barakaat, donde se admite la validez del Reglamento nº 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Al-Qaeda. Este Reglamento fue armonizado conforme al art. 301 (relativo a la PESC) y el mismo art. 308 (cláusula de flexibilidad) del Tratado de las Comunidades Europeas.

Analizando el objeto del reglamento, como era impedir la financiación de actividades terroristas, el Tribunal no se opuso a que el objetivo subyacente que perseguía estaba relacionado con la PESC de mantener la paz y la seguridad internacionales. Pero el TJUE consideró que bastaba con que el objeto inmediato del reglamento fuese como era la introducción de medidas económicas coercitivas, para encontrar un vínculo con el funcionamiento del mercado interior (requisito como se ha comentado anteriormente del antiguo tenor del art. 308 del Tratado), lográndose el objetivo de la Comunidad y siendo por tanto la base jurídica adecuada (p. 235 y 236 de Kadi).

Otro requisito exigido por el art. 352 es que la acción de la Unión debe producirse en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados. Como aclara la doctrina, esta definición es más estricta que una referencia al ámbito de aplicación de los Tratados, pero a su vez más amplio que la referencia al mercado interior al que se refería el artículo 308 del Tratado de la Comunidad Europea. En cualquier caso es poco probable que esta limitación limite en la práctica el recurso al artículo 352 del TFUE más allá de la limitación resultante ya de la necesidad de que la acción basada en esta disposición debe alcanzar uno de los objetivos del Tratado³⁵⁰. El espacio de libertad, seguridad y justicia,

³⁵⁰ KELLERBAUER, M. Y OTROS, «Commentary to article 352», cit., p. 2075. Otros autores, como GEIGER, R., «Article 352. Flexibility clause», cit., p. 1051 consideran que debido a la calidad del derecho de la Unión que incluye primacía sobre el derecho nacional, interpretación homogénea y protección jurídica por el

así como la cooperación judicial en materia civil se incluyen dentro del ámbito de políticas y acciones internas de la Unión contenidas en la tercera parte del TFUE.

De este modo, podría admitirse con carácter general que la aplicación del art. 352 TFUE abarca todo el marco de las políticas de la Unión, extendiéndose a los antiguos asuntos del pilar intergubernamental del TUE, con excepción de la política exterior y de seguridad común³⁵¹.

En un sentido similar se perfila como otro requisito fundamental para el desarrollo normativo, bajo el art. 352, que no se hayan previsto en los Tratados los poderes de actuación o bases jurídicas necesarios a tal efecto. Esto se traduce en la idea, al igual que se ha expuesto al hilo del art. 114, de que no debe haber otra base jurídica más específica o competente en la que las instituciones puedan basar la acción de la Unión para adoptar el acto.

De hecho, este ha sido uno de los principales argumentos que han sustentado la anulación judicial de la armonización realizada en virtud de este precepto. Un ejemplo es la Sentencia del TJUE, de 26 de marzo de 1987, asunto C-45/86, caso Comisión contra Consejo, por el que se anularon los Reglamentos n° 3599/85 del Consejo, de 17 de diciembre de 1985, relativo a la aplicación de preferencias arancelarias a determinados productos industriales originarios de países en vías de desarrollo, y 3600/85, de similar objeto. Ambos estaban armonizados bajo la cláusula de flexibilidad. El TJUE entendió que eran actos que pertenecían al ámbito de la política comercial común y que el Consejo, al ser competente para adoptarlos en virtud del artículo 113 del Tratado, no podía basarse en el artículo 235 (p. 21) en tanto que el recurso al art. 235 sólo está justificado como fundamento jurídico cuando ninguna otra disposición del Tratado confiera a las instituciones comunitarias la competencia para adoptarlo.

Otro es la anulación de la Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, que tuvo lugar en la Sentencia del TJUE de 7 de julio de 1992 (asunto C-295/90). La comentada Directiva se encontraba armonizada a tenor de la comentada cláusula de flexibilidad (art. 235), y su objetivo fundamental consistía en la regulación del derecho de residencia, limitado a la duración de la formación que se imparta, de los estudiantes nacionales de un Estado miembro en otro (así como de su cónyuge y de los hijos que se hallen a su cargo).

A juicio del TJUE la Directiva establecía normas que prohibían la discriminación por razón de la nacionalidad de los estudiantes (cuestión regulada en el art. 7-2 del Tratado CEE, hoy art. 18 del TFUE en relación a la prohibición de discriminación entre ciudadanos de la Unión) en un ámbito de aplicación del Tratado como era la formación profesional (contemplado el art. 128 del Tratado CEE, hoy art. 166 TFUE).

TJCE, no se puede negar la necesidad de una acción de la Unión sólo porque los Estados miembros pudieran seguir siendo competentes para someter la esfera normativa pertinente a normas internas idénticas o a un acuerdo internacional de idéntico contenido en cualquier caso.

³⁵¹ GEIGER, R., «Article 352. Flexibility clause», cit., p. 1050.

De este modo el TJUE entendió que los distintos elementos de la Directiva 90/366 se encontraban relacionados con el ejercicio efectivo del derecho de residencia de los estudiantes a efectos de su formación profesional, por lo que la Directiva debía haberse adoptado bajo el art. 7-2 del Tratado CEE y no bajo la cláusula de flexibilidad (pp. 19 y 20 del asunto C-295/90).

En la misma línea cabría señalarse la anulación de la Decisión 94/445 del Consejo, de 11 de julio de 1994, relativa a las redes telemáticas entre Administraciones para las estadísticas de los intercambios de bienes entre Estados miembros, empleándose para la misma la base jurídica del art. 235 del Tratado CEE. Esta Decisión tenía por objeto desarrollar la recogida de los datos necesarios relativos a los intercambios de bienes entre Estados directamente entre los expedidores y los destinatarios de dichos datos. En la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 1996 (asunto C-271/94) el TJUE interpretó en su punto 35 que la Decisión tendría que haberse adoptado sobre la base del párrafo tercero del artículo 129 D del Tratado CEE (hoy art. 172 TFUE), relativo a la armonización tendente al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.

De las resoluciones expuestas se deduce que las medidas adoptadas sobre la base del artículo 352 en violación del requisito de ausencia de otra base jurídica más específica son ilegales y podrán ser susceptibles de recurso de anulación el TJUE.

En cualquier caso, esta exigencia de taxatividad ha encontrado excepciones, que han permitido flexibilizar el tenor del Derecho primario en aspectos como la forma de los actos legislativos. Un ejemplo es la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 1973, asunto C-8/73, caso Hauptzollamt, en virtud del cual se aceptó el recurso a la habilitación de la cláusula de flexibilidad del art. 235 por el que se aceptó la validez del Reglamento n° 803/68 del Consejo relativo al valor en aduana de las mercancías, a pesar de la existencia de una base jurídica específica que requería la Directiva como forma de adopción del acto. El TJUE entendió adecuada la armonización con la forma de Reglamento a pesar de la existencia de otra base jurídica más adecuada (art. 100 del Tratado CEE, actual 114 TFUE) dada la seguridad jurídica que ofrecía con la forma de Reglamento y las exigencias específicas del procedimiento legislativo (p. 4 de Hauptzollamt).

Otro requisito para la aplicación de los poderes implícitos es el contenido en el párrafo 3° del art. 352, el cual prohíbe la armonización cuando las disposiciones del Tratado específicas del campo de acción excluyan la armonización.

Este requisito fue introducido con el Tratado de Lisboa, que añadió una nueva limitación al uso del artículo 352 del TFUE, que garantiza que la cláusula de flexibilidad no se utilice para eludir la prohibición de armonización derivada de la base jurídica específica del asunto legislado en cuestión. Esas prohibiciones son inherentes a todas las competencias de apoyo, coordinación y complemento (artículos 2-5 y 6 del TFUE), así como las expresadas en los artículos 19-2 (prohibición de discriminación), 79-4 (integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro), 84 (prevención de la delincuencia), 149-2 (cooperación en el

intercambio de información y buenas prácticas en materia de empleo), 153-2 a (cooperación entre los Estados miembros para mejorar los conocimientos en materia de política social), 173-3 (políticas y actividades en materia de industria) y 189-2 (política espacial europea) del TFUE.

En este extremo es preciso diferenciar entre una armonización expresamente prohibida por el Derecho primario, como las arriba referidas, y la ausencia de un ámbito concreto para armonizar por el Derecho primario en una de las políticas y acciones de los Estados. Sólo en tal caso la laguna competencial podría colmarse por efecto de la cláusula de flexibilidad en el supuesto de encontrarse dentro de los objetivos de la Unión antes referidos, pero en todo caso una prohibición expresa devendría insubsanable.

Todo ello lleva al último de los requisitos establecidos en el art. 352 TFUE, cual es que no puede conllevar ninguna enmienda implícita al tratado. El art. 352 TFUE no constituye una excepción al principio de los poderes conferidos o atribuidos por los Estados ni a las normas de procedimiento aplicables a las modificaciones de los Tratados.

De este modo ha de recalcarse el principio de atribución de competencias contenido en el art. 4 TUE, según el cual toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados, cuya importancia subraya el propio art. 5 como criterio esencial para la delimitación de competencias, sirviendo de limitación y restricción de las competencias de la UE derivadas de los Estados miembros. Hasta el punto de que junto con la primacía y el efecto directo entre otros, la atribución se ha calificado como una “característica esencial” del derecho de la UE en los pp. 165 y 167 del Dictamen del Pleno del TJUE 2/2013 antes citado³⁵².

Como apunta el ya citado Dictamen del TJUE 2/94 de 28 de marzo de 1996 (p. 30), el cauce de las competencias implícitas no puede emplearse para servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Unión más allá del marco general que deriva del conjunto de las disposiciones del Tratado, ni para modificar el Tratado sin respetar el

³⁵² El principio de atribución de competencias ha adquirido una dimensión interpretativa importante por el Tribunal, hasta el punto de que el TJUE ha considerado en su Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991 (sobre el proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo) que el hecho de que otro tribunal internacional no definido en el Derecho primario (en el borrador del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo el Tribunal del Espacio Económico Europeo, *non nato* y sustituido en el art. 92 del Acuerdo por un Comité Mixto sin potestad jurisdiccional) pudiese pronunciarse sobre las competencias respectivas de la Unión y de sus Estados miembros en determinado grupo de materias podía vulnerar el orden de competencias definidas en los Tratados, lo que infringiría igualmente la autonomía del sistema jurídico comunitario (pp. 34 y 35 del Dictamen 1/91).

procedimiento de modificación establecido (regulado el artículo 48 TUE)³⁵³. Esta doctrina jurisprudencial es reiterada en la Declaración nº 42 al TFUE en términos idénticos³⁵⁴.

2. El empleo mixto del art. 352 con otras bases jurídicas

Como se ha abordado en el epígrafe anterior, en tanto que el art. 352 TFUE pretende suplir la inexistencia de poderes conferidos de forma expresa o implícita por los Estados a la Unión, la existencia de una base jurídica o poderes más específicos o competentes necesarios para que la Unión ejerza sus funciones constituye un límite para la armonización amparada en esta base. Hasta el punto de que el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones la nulidad de los actos legislativos correspondientes por entender que existía otra base jurídica más específica.

Esto podría entenderse como una clara limitación al objeto de nuestro estudio, como es la armonización del Derecho procesal civil, pues pudiera interpretarse que, mediando en los Tratados una base jurídica aplicada a una base jurídica específica (como es el art. 81 del TFUE, relativo a la cooperación judicial civil o el 114, relativo a la

³⁵³ En base a este fundamento jurídico, el TJUE entendió en el referido Dictamen que la cláusula de flexibilidad no constituía una base jurídica adecuada para permitir la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, llegándose incluso a la conclusión final de que la Comunidad no tenía competencia para adherirse al CEDH. La adhesión que se pretendía promover se amparaba en el art. 235, y el TEDH entendió que ello implicaba una modificación del régimen de protección de los derechos humanos en la Unión, cuyas implicaciones institucionales eran fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros. Esta adhesión tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Por ello el TJUE entendió en el p. 35 del Dictamen que dicha modificación únicamente podría realizarse a través de una modificación del Tratado, como finalmente se hizo con el Tratado de Lisboa que introdujo el art. 6-2 del TUE que refleja dicha adhesión. Vid. MÁRQUEZ CARRASCO, M. DEL C., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Actuales desafíos del proceso de negociación», en HINOJO ROJAS, M. y PELÁEZ MARÓN, J.M. (coords.) *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2012, pp. 507 y ss.

³⁵⁴ «El artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que forma parte integrante de un ordenamiento institucional basado en el principio de las competencias de atribución, no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Unión más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto, en particular aquellas por las que se definen las funciones y acciones de la Unión. Este artículo no podrá en ningún caso servir de base para adoptar disposiciones que tengan por efecto, en esencia, por sus consecuencias, modificar los Tratados sin seguir el procedimiento que éstos fijan a tal efecto».

aproximación de medidas para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior) no podría emplearse el art. 352 para colmar las limitaciones intrínsecas a tales bases³⁵⁵.

De este modo, si mediase en la Unión una voluntad real para promulgar una disposición legislativa armonizadora del Derecho procesal civil, ¿podría emplearse la cláusula de flexibilidad para colmar los límites impuestos en los Tratados?

La respuesta habría de ser afirmativa. Con carácter general del Tribunal de Justicia no ha admitido la validez del uso de la cláusula de flexibilidad cuando la medida a promulgar aparentemente vaya más allá del alcance de la base jurídica específica. Ello ocurrió en la ya referida Sentencia de 26 de marzo de 1987, asunto C-45/86, en el que a pesar de que se reconoció en su p. 15 que los reglamentos impugnados (en materia de política de ayuda al desarrollo) podían rebasar los fines perseguidos en el marco de la política comercial común del art. 113 (actual art. 207 TFUE), se reconoció no obstante que los Reglamentos impugnados pertenecían no obstante al ámbito de la política comercial común.

Con carácter general cabría plantearse si es posible el empleo de dos bases jurídicas diferentes para emitir un acto legislativo concreto. El TJUE, en su Sentencia de la Sala Segunda de 10 de enero de 2006, asunto C-178/03, ha manifestado que si el examen de un acto comunitario muestra que éste persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble, y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, la que exige el objetivo o componente principal o preponderante. Pero, con carácter excepcional, y si se demuestra que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos, vinculados entre sí de modo indisoluble (sin que uno de ellos sea secundario e indirecto en relación con el otro), tal acto podrá fundarse en las distintas bases jurídicas correspondientes. En cualquier caso, mediaría una clara prohibición para recurrir la una doble base jurídica cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica son incompatibles y/o cuando la acumulación de bases jurídicas pueda minar los derechos y trámites del Parlamento (pp. 41-43).

En cualquier caso, el TJUE ha sostenido que el recurso a una doble base jurídica no es posible cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica sean incompatibles (Sentencia de 6 de noviembre de 2008, Parlamento contra Consejo, C-155/07, p. 37), o cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica son incompatibles y/o cuando la acumulación de bases jurídicas puede vulnerar los derechos del Parlamento Europeo (Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 10 de enero de 2006, asunto C-94/03, Comisión contra Consejo, p 52, en relación con la Sentencia Dióxido de Titanio C-300/89, ya comentada en referencia al art. 114 TFUE). Como ya se aludió en

³⁵⁵ Como especifica la doctrina, aunque la persecución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia supone una política de la Unión, así como competencia compartida del art. 4 TUE, el título competencial en materia procesal habría que buscarlo en el Título V del TFUE, cuya materia procesal ya ha sido estudiada. Vid. GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. Y OTROS, *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, cit., pp. 120-121, lo que podría justificar una aplicación más restrictiva de la cláusula de flexibilidad en materia procesal.

la Sentencia Dióxido de Titanio, el perjuicio en la diferencia de votos del Parlamento Europeo necesaria para adoptar el acto en perjuicio del mismo resultó en el hecho dimanante de la incompatibilidad.

En general la Unión admite el uso de doble (o múltiples) bases jurídicas del Tratado para adoptar un acto legislativo, con las excepciones descritas. Un ejemplo es la Directiva 2019/1937 del Parlamento y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (conocida como Directiva de *whistleblowing*) en la que se emplean hasta doce bases jurídicas diferentes³⁵⁶.

Estos requisitos parecen matizarse y relajarse cuando la base jurídica complementaria es la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE. En tales casos, la jurisprudencia admite que la base jurídica de la política y acción concreta de la Unión puede complementarse con el artículo 352 TFUE cuando los fundamentos jurídicos sean compatibles y se cumplan los procedimientos legislativos tanto del artículo 352 del Tratado de la Unión Europea como de su respectivo fundamento jurídico.

Uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales que asimilan la validez del empleo de una doble base jurídica, es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 1989, asunto C-242/87, por el que se admitió la validez del Programa Erasmus (Decisión 87/327/CEE del Consejo, de 15 de junio de 1987, por la que se adopta el programa de acción comunitaria en materia de movilidad de los estudiantes Erasmus), armonizada conforme a los artículos 128 del Tratado CEE (ejecución de la política común de formación profesional, correlativo al actual art. 166 TFUE). La postura jurídica de la Comisión Europea, como parte recurrente, era que la Decisión sobrepasaba el ámbito de la formación profesional en el sentido del artículo 128 en lo referente a la puesta a disposición de los créditos necesarios para la ejecución del programa.

El Tribunal de Justicia interpretó que las becas del Programa Erasmus afectaban no sólo al ámbito de la formación profesional, sino también al de la investigación científica (p. 37 de C-242/87), y por lo tanto se carecía de competencia para adoptar la decisión basándose únicamente en el artículo 128³⁵⁷. Por ello y en atención al derecho aplicable al momento de adoptarse la Decisión se debía de basar como se basó en el artículo 235 del Tratado, en tanto que el Acta Única Europea había adoptado con posterioridad una base jurídica específica dedicada a la investigación científica y el desarrollo tecnológico (art. 130-G, actual art. 180 TFUE). De este modo, habiéndose adoptado la Decisión antes de la entrada en vigor del Acta Única Europea, se justificaba

³⁵⁶ “Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 16, su artículo 43, apartado 2, su artículo 50, su artículo 53, apartado 1, sus artículos 91, 100 y 114, su artículo 168, apartado 4, su artículo 169, su artículo 192, apartado 1, y su artículo 325, apartado 4, y visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y en particular su artículo 31”.

³⁵⁷ En este sentido vid. DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., «Alcune considerazione sulla base giuridica del Programma Erasmus», en MOSCIA, L. (coord.) *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 208.

el hecho de que se basase también en el artículo 235. Por ello se admitió la legalidad del empleo de la doble base jurídica.

Otro precedente en el que se admitió el empleo de la doble base jurídica fue la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 3 de septiembre de 2008, acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, caso Kadi, en el que se pretendía la nulidad del Reglamento n° 881/2002 del Consejo de 27 de mayo de 2002 por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Al Qaeda, promulgado como se ha comentado con anterioridad con base a la cláusula de flexibilidad junto a los artículos 60 del Tratado CE (actual art. 75 TFUE, sobre limitaciones de movimientos de capitales en relación a la prevención y lucha contra el terrorismo) así como el art. 301 (actual art. 215, relativo a medidas restrictivas de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países).

El TJUE admitió que en el Reglamento 881/2002 el art. 308 del Tratado CE podía formar parte, junto con los artículos 60 y 301 del Tratado CE, de su base jurídica (p. 212 de Kadi). La razón es que se imponían medidas restrictivas de carácter económico y financiero, lo que hacía que quedasen incluidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de los artículos 60 y 301 del Tratado CE (p. 213 de Kadi).

Pero, en tanto que los arts. 60 y 301 del Tratado CE no conferían poderes de acción expresos o implícitos para imponer tales medidas a los destinatarios que careciesen de vínculo alguno con el régimen gobernante de un país tercero, como sucedía el caso de las personas y entidades mencionadas en el Reglamento controvertido mencionadas de forma expresa o vinculada a Al Qaeda, debía suplirse dicha falta de facultades, limitada por el ámbito de aplicación *ratione personae* de los artículos 60 y 301, mediante el recurso al art. 308 de los poderes implícitos como base jurídica junto a los dos primeros artículos que servían de base a dicho acto normativo desde el punto de vista de su alcance material. Todo ello a condición, no obstante, de que concurrieran todos los demás requisitos exigidos para la aplicación del artículo 308.

De esta forma, en el Reglamento 881/2002 el TJUE admitió el empleo de tres bases jurídicas, siendo una la cláusula de poderes implícitos, dado la limitación del ámbito de aplicación tanto personal como material de las bases jurídicas más específicas presentes en el Tratado.

Por su trascendencia para nuestro estudio destaca la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2009, asunto C-166/07, caso Fondo Internacional para Irlanda. En él se impugnó el Reglamento n° 1968/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, sobre las contribuciones financieras de la Comunidad al Fondo Internacional para Irlanda, armonizado conforme al estudiado art. 308.

El análisis de la base jurídica más competente o preferente debe partir, como aclara el propio TJUE de la finalidad y el contenido de dicho acto (p. 42). El objeto del Reglamento era establecer el marco jurídico para el pago al Fondo de las contribuciones financieras de la Comunidad en Irlanda, y en particular el apoyo a la paz y la

reconciliación en Irlanda del Norte y en las regiones fronterizas de Irlanda derivados del conflicto de Irlanda del Norte. Todo ello a través de un organismo internacional (programa PEACE) creado en virtud del Tratado anglo-irlandés de 15 de noviembre de 1985.

A juicio del TJUE (p. 58 del asunto C-166/07), la contribución financiera de la Unión al Fondo pertenecía al ámbito de las acciones específicas que podían adoptarse con arreglo al artículo 159-3 del Tratado de la Comunidad Europea (regulador de las acciones específicas al margen de los fondos con finalidad estructural de la Unión, actual art. 175-3 TFUE). Estos fondos gozaban de previsión legislativa en aquellos casos en los que se manifestase su necesidad al margen de los Fondos Estructurales para alcanzar los objetivos contemplados en el artículo 158 del Tratado CE (cohesión económica y social, actual art. 174 TFUE). En cualquier caso, el TJUE entendió que el art. 158 únicamente comprendía acciones autónomas de la Comunidad, gestionadas con arreglo al marco normativo comunitario y cuyo contenido no había de exceder el ámbito de aplicación de la política comunitaria de cohesión económica y social. De este modo el TJUE entendió que el art. 159-3 no confería a la Unión competencia necesaria para perseguir los objetivos de la política comunitaria en las condiciones previstas en el Reglamento impugnado (p. 65).

En puridad, el objeto del Reglamento era respaldar las acciones de un organismo internacional (programa PEACE) creado por dos Estados miembros cuyo objetivo es el fortalecimiento de la cohesión económica y social. Y como aclara el p. 68 de la Sentencia C-166/07, el Reglamento tenía como finalidad respaldar las acciones de dicho organismo internacional creado por dos Estados miembros (Irlanda y Reino Unido, a la fecha del asunto) cuyo objetivo era el fortalecimiento de la cohesión económica y social, lo que excedía como se ha puesto de relieve el ámbito del art. 159-3.

Y como interpretó el Tribunal, en el p. 68 de Fondo Internacional para Irlanda, tal y cómo se desprendía del tenor del Derecho primario (arts. 2 y 3 del Tratado CE, hoy art. 3 del TUE), el fortalecimiento de la cohesión económica y social constituía en sí mismo un objetivo para la Comunidad. Y ello, aun a pesar de que las disposiciones específicas del Título XVI del Tratado no confiriesen a la Unión la competencia necesaria para perseguir el objeto del Reglamento tratado (en el caso Fondo Internacional para Irlanda, competencia para establecer un fondo de cohesión económica concedido a una organización internacional integrada por Estados miembros, lo cual se encontraba fuera de los ámbitos de los arts. 158 y 159 del Tratado CE).

De este modo, a juicio del Tribunal de Justicia (p. 69 de Fondo Internacional para Irlanda) el legislador comunitario debería haber recurrido conjuntamente tanto a la base jurídica específica (y concretamente al art. 159-3 del Tratado CE) junto a la cláusula de flexibilidad del art. 308, respetando los procedimientos legislativos previstos en ellos³⁵⁸.

³⁵⁸ Y de hecho tal fue la forma optada por el legislador europeo en la Reglamento n° 1232/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2010 relativo a las contribuciones financieras de

El caso Fondo Internacional para Irlanda puede ofrecer un claro criterio interpretativo para la armonización del Derecho procesal civil en el Ordenamiento comunitario. Si bien tanto los artículos 81 como el 114 TFUE pueden ofrecer limitaciones para la regulación del proceso civil, no puede pasarse desapercibido que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia forma parte de los objetivos de la Unión esbozados en el art. 3-2 del TUE.

3. Ámbitos de aplicación práctica y repercusión de la cláusula de flexibilidad en el Derecho procesal interno

La cláusula de flexibilidad se ha empleado como base jurídica para acometer armonizaciones en múltiples campos, especialmente cuando el ámbito de competencias atribuidas con anterioridad a la promulgación del Tratado de Lisboa aumentó, haciendo de este modo que el recurso a este precepto sea cada vez menos necesario³⁵⁹.

Entre los actos armonizados a tenor del art. 235 del Tratado de Roma o del art. 308 del Tratado de Niza, que hoy cuentan con base jurídica propia, destacan la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social³⁶⁰, actualmente en vigor; el Reglamento n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (y en el que nos detendremos más adelante)³⁶¹ o el

la Unión Europea al Fondo Internacional para Irlanda (2007-2010), armonizada bajo la cláusula de flexibilidad y el art. 175 TFUE antes aludido.

³⁵⁹ KELLERBAUER, M. Y OTROS, «Commentary to article 352», cit., p. 2077.

³⁶⁰ Esta base puede reconducirse al actual art. 19 TFUE sobre prohibición de discriminación por razón de sexo. En la versión original de Roma se habilitó expresamente el art. 119, garante de la igualdad de retribución entre trabajadores por razón de sexo, que pasaría al Tratado de Ámsterdam como el art. 141-3, hoy art. 157-3 TFUE, base sobre la que se plasmaría la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; o la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

³⁶¹ En la actualidad la base jurídica para la creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la Unión se introdujo con el art. 118 del Tratado de Lisboa.

Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación celebrado con la Decisión del Consejo 77/585/CEE de 25 de julio de 1977³⁶².

No obstante, a la fecha de hoy existen materias armonizadas bajo la cláusula de flexibilidad que en ninguna de las modificaciones posteriores de los tratados de Derecho primario fueron incluidas, ni siquiera en el Tratado de Lisboa.

Por ejemplo, el establecimiento de una nueva figura societaria (sociedad cooperativa europea) de dimensión europea que se suma al estatuto jurídico de las sociedades cooperativas de Derecho nacional a través del Reglamento nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea. La válida armonización bajo el art. 308 del Tratado CE de este reglamento fue ratificada en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 2 de mayo de 2006 (asunto C-436/03) prefiriéndose la cláusula de flexibilidad como base jurídica en lugar del art. 94 (actual art. 114, ya comentado). El motivo, a juicio del TJUE, fue que el Reglamento dejaba intactas las distintas normativas nacionales de cooperativas existentes. De esta forma, el Reglamento no pretendía conseguir una aproximación de las legislaciones de los Estados miembros aplicables a las sociedades cooperativas (lo que, como se ha visto anteriormente, hubiese supuesto la modificación de la legislación nacional contradictoria), sino que el objeto del Reglamento era crear una nueva forma de sociedad cooperativa superpuesto a los derechos nacionales de cooperativas. Y ello a pesar de que el Reglamento no fijaba de manera exhaustiva el conjunto de normas aplicables a las sociedades cooperativas europeas y se remitía al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio tuviese su domicilio social la sociedad cooperativa europea. Por ello se entendió que la Sociedad Cooperativa Europea podía armonizarse bajo el paraguas de la cláusula de flexibilidad, y no por la vía de aproximación de las disposiciones legales para el establecimiento del mercado interior (pp. 44-46).

La Sentencia C-436/03 da un importante criterio interpretativo que, si bien nace en el Derecho societario, puede trasladarse *mutatis mutandi* al Derecho procesal: si el objeto de la armonización es la creación de una institución jurídica propia o *ex novo* que no implique una modificación del Derecho nacional sino que se adicione al mismo en tal caso podría prescindirse del recurso al art. 114 al no ser necesaria la modificación de normas nacionales³⁶³. En tal caso será necesario el recurso bien a la cláusula de flexibilidad que se analiza en el presente apartado o a otra base jurídica más específica.

Otras legislaciones armonizadas bajo la cláusula de flexibilidad, sin previsión de una expresa base jurídica en el Derecho primario, son el Reglamento nº 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y

³⁶² La base jurídica para la protección del medio ambiente se introdujo con el art. 130 S del Acta Única Europea en 1986, pasando al art. 175 del Tratado de Ámsterdam y al actual art. 192 TFUE.

³⁶³ Como se especificó en la ya mencionada Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1995, asunto C-350/92, España contra Consejo, la cláusula de flexibilidad puede ser utilizada para la creación de nuevos títulos que se superpongan a los títulos nacionales (p. 27).

agraria³⁶⁴; la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos; el Reglamento n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (incluyendo como base jurídica en conjunto el art. 83 del Tratado CE, actual art. 103, sobre armonización en materia de competencia); o el Protocolo n° 27 al TUE sobre mercado interior y competencia.

Desde la promulgación del Tratado de Lisboa la cláusula de flexibilidad se ha seguido empleando en la adopción de Derecho de la Unión Europea³⁶⁵.

Aunque las iniciativas acordadas bajo el parámetro de la cláusula de flexibilidad del art. 352 pueden ir más allá de la esfera puramente económica, en tanto que no existe el requisito de “afectar directamente al funcionamiento del mercado común”, la doctrina advierte que durante los primeros tiempos del surgimiento de la Comunidad Económica Europea e incluso durante el nacimiento de los Convenios de Bruselas y Roma, la Comisión no consideró la posibilidad de utilizar ninguno de estos fundamentos jurídicos para el ámbito de la cooperación judicial civil. La razón aducida es la considerable competencia potencial otorgada a la Comunidad en el art. 308, no estando los Estados miembros, por razones de sensibilidad política, dispuestos o en condiciones de acordar unánimemente utilizarlo como base jurídica en este sentido³⁶⁶.

Pero si bien no se ha introducido de forma directa, como critica la doctrina, sí indirecta. Es lo que sucedió con el Reglamento n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (hoy Reglamento 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea), legislado sobre la base del art. 235 (mediando a fecha de hoy, como se ha visto, una base

³⁶⁴ La Sala Sexta de TJUE admitió en su Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-209/97, la válida armonización de este reglamento bajo la cláusula de flexibilidad. La razón fue que la finalidad y contenido del Reglamento, en su conjunto, pretendía principalmente la lucha contra el fraude en el marco de la unión aduanera y de la Política Agrícola Común, tendiendo a la protección de los intereses financieros de la Unión. Puesto que el artículo 209 A del Tratado CE (actual art. 325 TFUE) no concedía a la Comunidad la competencia para crear un sistema como el previsto en el Reglamento, resultando insuficiente, se entendió que el recurso a la cláusula de flexibilidad del artículo 235 del Tratado estaba justificada (p. 33).

³⁶⁵ Como en Reglamento (UE) 2015/768 de 11 de mayo de 2015 por el que se amplía a los Estados miembros no participantes el programa en materia de intercambios, asistencia y formación para la protección del euro contra la falsificación de moneda (programa «Pericles 2020»); el Reglamento 2015/496 del Consejo de 17 de marzo de 2015 en lo que respecta al depósito de los archivos históricos de las instituciones en el Instituto Universitario Europeo de Florencia; el Reglamento n° 390/2014 del Consejo, de 14 de abril de 2014, por el que se establece el programa «Europa para los Ciudadanos» para el período 2014-2020; el Reglamento n° 216/2013 sobre la publicación electrónica del Diario Oficial de la Unión Europea o el Reglamento n° 55/2013 de 17 de diciembre de 2012 sobre la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento n° 1214/2011, relativo al transporte profesional transfronterizo por carretera de fondos en euros entre los Estados miembros de la zona del euro, entre otros.

³⁶⁶ Vid. STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, cit., pp. 35-36, y PARTSCH, P.-E., *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, cit., p. 242. Como señala SÁNCHEZ LORENZO, S., «Aproximación del derecho civil en europa: marco comunitario y competencias de la comunidad europea», cit., p. 82, el establecimiento de códigos unificados a nivel europeo, como un código civil, tendría una dimensión constitucional que excedería los límites de la cláusula de flexibilidad.

jurídica más específica para la legislación de títulos de propiedad industrial a nivel comunitario, como sucede con el art. 118 TFUE).

El Reglamento 40/94 estableció en su art. 91 (arts. 123 y ss. del actual Reglamento 2017/1001) la obligación de que los Estados miembros designasen en sus territorios un número de tribunales nacionales de primera y de segunda instancia (art. 101 del Reglamento 40/94), denominados “tribunales de marcas comunitarias”, encargados de desempeñar las funciones atribuidas por el Reglamento³⁶⁷. Tales competencias venían atribuidas en su art. 92 (conocimiento de la acción de violación del derecho de marca, acción de comprobación de inexistencia de violación de dicho derecho, acción reconvenzional por caducidad o nulidad de la marca...). El mismo reglamento estableció normas de competencia en materia internacional (arts. 93 y 94) e incluso requisitos para el ejercicio del derecho de acción y reconvencción (arts. 95 y 96), la posibilidad de adoptar medidas provisionales y cautelares (arts. 99).

La constitución de dichos tribunales y sus normas de competencia y particularidades en el ejercicio del Derecho de acción fueron legisladas originariamente por la Unión haciendo uso de la cláusula de flexibilidad, el cual no fue anulado. De este modo esta base jurídica puede ser empleada, por sí sola (y como se ha analizado anteriormente invocada junto con otras) para legislar materia que repercuta tanto en materia de competencia judicial interna como de Derecho procesal interno. En todo caso, se someterá a los límites interpretativos descritos a lo largo del presente epígrafe.

³⁶⁷ En España se atribuyeron las competencias sobre marca comunitaria a los juzgados de lo mercantil de Alicante en primera instancia, y en segunda instancia la Sección o Secciones de la Audiencia Provincial de Alicante en virtud de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Vid. LORCA NAVARRETE, A. M., «Los Juzgados de lo Mercantil. En particular los Juzgados de Marca Comunitaria», *La nueva Ley concursal*, 2004, pp. 29 y ss., y MAGRO SERVET, V., «La entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil y del Tribunal de Marcas, Dibujos y Modelos Comunitarios», *La Ley*, vol. 2744, 3, 2003, pp. 1352 y ss. En Francia se designó, en virtud del Décret n°2002-216 du 18 février 2002, al Tribunal de Gran Instancia (*Tribunal de grande instance*, hoy subsumido en el *Tribunal judiciaire*) de París, y de sus recursos a la Corte de apelaciones (*cour d'appel*) de París. En Italia mediante el Decreto Legislativo 27 giugno 2003, n. 168 se instituyen como tribunales (tanto de marca nacional como comunitaria e internacional) los tribunales de Bari, Bolonia, Catania, Florencia, Génova, Milán, Nápoles, Palermo, Roma, Turín, Trieste y Venecia que establecerán secciones especializadas en materia de propiedad industrial en primera instancia y las Cortes de apelación (*corti d'appello*) en segunda instancia. Es llamativo el número de tribunales de marca comunitaria italianos a pesar de que el art. 91-1 del Reglamento 40/94 exige que se designen “un número tan limitado como sea posible”.

CAPÍTULO SEGUNDO. LIMITACIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA A LA POTESTAD REGULADORA INTERNA EN MATERIA DE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA HIPOTECA

SECCIÓN PRIMERA. LAS LIBERTADES DEL MERCADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN LA COMPETENCIA NACIONAL PARA LEGISLAR EN MATERIA DE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

Como se comentó en anteriores epígrafes, la aparente limitación contenida en el art. 345 del TFUE no puede interpretarse como un impedimento para que la Unión pueda entrar a armonizar una materia que pueda tener como contenido principal o suponga una incidencia en los diferentes Derechos reales inmobiliarios de los Estados miembros.

Esta cuestión adquiere especial relevancia a la hora de planificar la armonización de un procedimiento que puede tener como objeto la ejecución de un Derecho real de garantía, como es la hipoteca.

Hecho este planteamiento, es preciso delimitar hasta qué punto la Unión Europea cuenta con una competencia para legislar en materia de Derechos reales.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS ESENCIALES DERIVADOS DEL DERECHO PRIMARIO Y LOS LÍMITES IMPUESTOS POR LAS LIBERTADES DEL MERCADO

A modo preliminar, algunos autores como VAN ERP han partido de la base de la denominada “constitución económica” de la Unión. En la Unión se integraron territorios (como por ejemplo la antigua República Democrática Alemana y otros de la llamada Europa Oriental y en 2004 Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania y la República

Checa) derivados del colapso del comunismo que experimentaron una transición en su modelo económico, pasando de una economía planificada a una economía de mercado y la aceptación de la libertad de propiedad privada, la libertad de contratación, la libertad de profesión y de empresa. Tras la caída del comunismo todos los regímenes económicos se vieron obligados a cambiar, lo que incidió igualmente en el marco jurídico de estos estados. El derecho principal cuyo régimen tuvo que servir de base fue el de propiedad³⁶⁸.

Los elementos esenciales de la constitución económica en que se basan la Unión Europea pueden describirse de la siguiente manera. En primer lugar, todos los ciudadanos de la unión serían libres de elegir una profesión o crear una empresa. Esta libertad estaría garantizada indirectamente mediante la aceptación de la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Otra característica sería la protección de la propiedad, que se tutelaría bajo un doble escenario. Uno de ellos sería el Consejo de Europa, en cuyo art. 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en París el 20 de marzo de 1952, se regularía la protección de la propiedad. En el escenario del Derecho de la Unión Europea pueden encontrarse muchas referencias indirectas, además del art. 345 comentado al principio del presente trabajo³⁶⁹, sin contar con que el Derecho a la propiedad se contiene expresamente en el art. 17 CDFUE³⁷⁰.

En tal caso la doctrina se debate si realmente el derecho primario europeo tiene una repercusión directa en el derecho de propiedad o los derechos reales en general. Podrían incluirse los siguientes fundamentos jurídicos del TFUE: la prohibición de las

³⁶⁸ VAN ERP, S., «European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?», cit., p. 5.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 6.

³⁷⁰ Ya desde su primigenia jurisprudencia el TJUE ha reconocido el derecho de propiedad como un principio general del derecho de la Unión de conformidad con las concepciones comunes a las Constituciones de los Estados miembros, reflejadas igualmente en el art. 1 del Primer Protocolo adicional al CEDH (p. 17 de la Sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 1979, asunto C-44/79, caso Hauer). De esta forma a la interpretación de este Derecho fundamental deberá darse el mismo significado y alcance que al este precepto, así como la jurisprudencia del TEDH. Tal y como se desprende del p. 91 de la Sentencia de la Sala Primera de 11 de junio de 2015, si bien la naturaleza de este Derecho fundamental difiere de las libertades del mercado, el TJUE tiende a estudiar las interferencias a las libertades y al Derecho fundamental a la propiedad de forma conjunta. El art. 17-1 se refiere a los “bienes adquiridos legalmente”, que la jurisprudencia del TJUE ha interpretado como derechos con un valor patrimonial de los que se deriva, habida cuenta del ordenamiento jurídico, una posición jurídica adquirida que permite que el titular de tales derechos los ejercite autónomamente y en su propio beneficio (p. 34 de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 22 de enero de 2013, asunto C-283/11, caso Sky Österreich GmbH). Vid. LOCK, T., «Article 17 CFR», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 2149-2150, así como RICCIO, A., *La propiedad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Reus, 2018. En la materia que nos ocupa, el Derecho fundamental a la propiedad del titular de un crédito hipotecario que lo ejecute puede entrar en conflicto con los Derechos al respecto a la vida privada y familiar establecidos en los arts. 7 CDFUE y 8 CEDH, debiendo el TJUE actuar con observancia a la proporcionalidad de la medida que exige el criterio del TJUE y sus criterios de ponderación así como los estándares del respeto a la tutela judicial efectiva observados por el tribunal nacional y extractados por la jurisprudencia del TEDH, vid. p. 64 de la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 10 de septiembre de 2014, caso Kušionová asunto C-34/13, y QUESADA LÓPEZ, P. M., *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿Una relación imposible?*, cit., pp. 173 y ss. En cualquier caso, resulta preciso tener en cuenta que el Derecho a la propiedad del art. 17 CDFUE, en tanto que Derecho fundamental de la carta, está dirigido a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión de conformidad al mismo art. 51-1 CDFUE, por lo que su alcance tenderá a ser limitado en la práctica.

restricciones cuantitativas a la importación y la exportación de los artículos 34 y 35; el artículo 63, de la libre circulación de capitales, que establece que en el marco de las disposiciones de dicho capítulo quedarán prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros y entre éstos y terceros países. De estos preceptos se deduce que si el derecho de propiedad se ve afectado por la prohibición del art. 34, podría argumentarse que los derechos de propiedad son productos que pueden ser exportados e importados, aunque el TJUE ha sido reacio a esta apreciación³⁷¹.

En cualquier caso la doctrina pone de relieve la inexistencia de un esquema técnico o definitorio de bien inmueble o su desarrollo legislativo en el plano del Derecho de la Unión europea³⁷².

Cuestión distinta sucedería con la libre circulación de capitales del art. 63 TFUE y la Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 1999, caso Trummer contra Mayer, que se analizará al hilo de los efectos de la libre circulación de capitales.

La sentencia descrita es una muestra de cómo la libre circulación de capitales puede ser un factor que repercute de forma determinante en la libre circulación de capitales. Pero otras libertades del mercado podrían suponer un impedimento a la facultad de los Estados miembros para regular los Derechos reales, como la libre circulación de mercancías (art. 28 TFUE)³⁷³, la libre circulación de servicios (art. 56 TFUE), o la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE). Estos derechos han sido reconocidos en el considerando 72 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

³⁷¹ VAN ERP, S., «European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?», cit., p. 7. Como se enuncia con carácter general en la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 1974, asunto C-8/74, caso Dassonville, (p. 5) toda normativa mercantil de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. En el caso Dassonville, la normativa belga exigía un certificado de autenticidad a la importación de una partida de whisky, que se consideró una medida equivalente incompatible con el Derecho primario. No obstante, esta jurisprudencia se matizó en la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 1993, asunto C-267/91, caso Keck y Mithouard. En el mismo se declaró que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros con la condición de que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros (p. 16 de Keck y Mithouard). En base a esta argumentación VAN ERP considera que las normas jurídicas, como la regulación del Derecho de propiedad, no se consideran por sí misma como un producto al que resultaría de aplicación las prohibiciones de los artículos 34 y 35 TFUE. En sentido contrario vid. AKKERMANS, B. Y RAMAEKERS, E., «Free Movement of Goods and Property Law», *European Law Journal*, vol. 19, 2, 2013, pp. 264-266, para quienes la limitación del Derecho de propiedad sí que se consideraría una restricción cuantitativa a la importación o medida de efecto equivalente del art. 34 TFUE, en tanto que para los autores el reconocimiento de un derecho de propiedad o no supone un obstáculo sustancial para el acceso al mercado.

³⁷² TRIMARCHI, M., «I beni e la proprietà», en TIZZANO, A. (coord.) *Il Diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 159.

³⁷³ No obstante, no será objeto del presente estudio la libre circulación de mercancías, en tanto que los Derechos reales de los ordenamientos nacionales no se consideran “mercancía” a los efectos del Derecho de la Unión recogido en los arts. 28 y 29 TFUE, en tanto que como se ha hecho referencia en anteriores notas al pie de página no pueden considerarse un producto ni encajan en la Nomenclatura Combinada del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo de 23 de julio de 1987 relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común.

4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial como requisito para permitir a los intermediarios de crédito ejercer sus actividades en otros Estados.

Paralelamente a estos fundamentos, el TFUE contiene otras alusiones al derecho de propiedad, como la facultad que concede el art. 50-2 al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión para regular la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro dentro de la libertad de establecimiento; la posibilidad de inmovilizar fondos, activos financieros o beneficios económicos en el marco de la prevención y lucha contra el terrorismo (art 75 TFUE); la posibilidad de regular la propiedad industrial (arts. 118, 207 y 262 TFUE); o el art. 345 ya comentado.

Es así que, si bien los Tratados de la Unión Europea no han establecido una competencia propia (como se verá más abajo) en materia de Derechos reales inmobiliarios, el propio Derecho de la Unión incide tangencialmente en la potestad regulatoria nacional de los Derechos reales inmobiliarios a través de las libertades del mercado interior³⁷⁴.

De esta forma, será objeto de la presente sección el estudio de las libertades del mercado, de libertad de establecimiento y libre circulación de capitales en relación con su posible impacto en los Derechos reales nacionales.

1. El debate sobre la competencia de la Unión en materia de Derechos reales inmobiliarios

³⁷⁴ ARRIETA SEVILLA, L. J., «La inscribibilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria», en FONT I MAS, M. (coord.) *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 410. El mismo autor pone como ejemplo el Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España. En el mismo se sometían las compraventas de naturaleza inmobiliaria entre extranjeros no residentes en España a favor del Notariado español. En este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado rechazó por Resolución de 4 de enero de 1993 (BOE 30 de 4 de febrero de 1993, pp. 3189 a 3191) la inscripción de la transmisión de un inmueble sito en España en virtud de contrato intervenido por notario británico, si bien se pone de relieve que “que el negocio jurídico contenido en el referido título tenga plena eficacia a todos los efectos salvo en el de acceder al Registro de la Propiedad” (p. V). Por Dictamen de la Comisión Europea de 27 de enero de 1998 se puso de manifiesto que dicha limitación de acceso al Registro de la Propiedad español de la escritura formalizada en Reino Unido constituía un obstáculo discriminatorio para la adquisición de inmuebles y en concreto para las restricciones a los movimientos de capitales. El gobierno español, aceptando tales medidas, subsanó dicha limitación a través del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores para que el fedatario público interviniente de la transacción inmobiliaria no tuviese por qué ser español.

No faltan voces, como GEIGER, que consideran que la configuración del régimen de propiedad sigue siendo competencia de los Estados miembros con independencia de las disposiciones del Derecho comunitario³⁷⁵.

Como sintetiza la Abogada General Eleanor SHARPSTON en sus conclusiones presentadas al procedimiento de Dictamen 2/15 presentadas el 21 de diciembre de 2016 (p. 340) en interpretación del comentado art. 345 TFUE, los Estados miembros pueden elegir efectivamente su régimen de propiedad (admitiéndose implícitamente una competencia propia en materia de Derechos reales). No obstante, las consecuencias derivadas de esa elección y las condiciones en las que se puede tener la titularidad de un bien no quedan excluidas del ámbito de aplicación de las normas del Derecho de la Unión aplicables (y en particular, la no discriminación, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales). Pues como se reitera en la jurisprudencia que citamos en las consideraciones preliminares, los Estados miembros pueden regular los Derechos reales de modo que excluya toda actuación de la Unión en esa materia.

Pueden destacarse opiniones a favor de la competencia de la Unión para legislar en materia de Derechos reales. Por un lado STÖCKER, quien admite que la regulación de una institución jurídica de naturaleza hipotecaria común a todos los Estados miembros (Eurohipoteca, de forma similar a la cooperativa europea ya analizada en el apartado de armonización) sería admisible y factible con fundamento al art. 114 (100-A en el momento de elaboración del texto que se cita) y de forma unitaria al tener que acoplarse esta figura en los diferentes Ordenamientos jurídicos nacionales³⁷⁶. En similar sentido, MUÑIZ ESPADA señala la armonización por tal vía de la creación de una figura común y paralela a los Derechos internos como la más óptima, al limitar la posibilidad de generar problemas de reconocimiento mutuo, no resultar invasiva en relación a los derechos regulados en las respectivas normativas internas y colmar el problema de la insuficiencia de formas de financiación inmobiliaria en determinados países³⁷⁷.

E igualmente SIMÓN MORENO, quien considera que la Unión tiene competencia para legislar en materia de derechos reales siempre que se respeten los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Para el autor el cumplimiento de estos principios provoca que la actuación comunitaria deba conllevar tanto un beneficio de las libertades comunitarias, una relación coste beneficio así como la adopción de un instrumento cuyo contenido respete los intereses sociales y culturales de los distintos Estados³⁷⁸.

³⁷⁵ GEIGER, R., «Article 345. System of property ownership», cit., p. 1035.

³⁷⁶ STÖCKER, O., «La Eurohipoteca», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 620, 1994, p. 182.

³⁷⁷ MUÑIZ ESPADA, E., *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 120-122.

³⁷⁸ SIMÓN MORENO, H., «La armonización de los derechos reales en europa», *Tesis Doctoral leída en la Universitat Rovira i Virgili. Director: Sergio Nasarre Aznar*, 2010, Tarragona, p. 241.

No obstante, el respeto y observancia de tales principios no supone por sí misma una purificación de la verdadera carencia competencial que pueda adolecer la Unión en tal sentido. Además, como ha dictaminado el TJUE en su Sentencia C-436/03 antes citada (p. 37), para establecer una forma jurídica nueva que se superponga a las formas nacionales sin modificar los Derechos internos ha de edificarse sobre la cláusula de flexibilidad o la base jurídica más específica, en lugar del art. 114 TFUE.

De hecho algunas resoluciones judiciales del TJUE directamente afirman que el régimen de propiedad inmobiliaria sigue siendo competencia de cada uno de los Estados miembros (p. 38 de la Sentencia del TJUE de 1 de junio de 1999, asunto C-302/97, caso Konle) en interpretación del vigente art. 345 TFUE, si bien aclarando como se ha precisado en las consideraciones preliminares que dicha competencia no sustrae a dicho régimen de las normas fundamentales del Tratado y en concreto de las libertades fundamentales que en este capítulo se analizarán.

Otra perspectiva sería la respuesta dada por la comisaria Marianne THYSSEN a la pregunta P-003117/2019 en la sesión del Parlamento Europeo de 12 de noviembre de 2019, al especificar que la Comisión Europea no tiene facultades generales para intervenir en cuestiones relativas a la vivienda en los Estados miembros, si bien apoya y complementa sus esfuerzos por mejorar la situación de sus mercados de la vivienda mediante políticas y financiación³⁷⁹.

En cualquier caso, la doctrina se posiciona crítica incluso a la reconducción de la competencia de aproximación de legislaciones para el establecimiento del mercado interior en materia de Derecho patrimonial. En concreto, GALLEGO DOMÍNGUEZ admite que si bien la unificación en estas materias sería el cauce “más adecuado” para la consecución de un auténtico mercado interior, no bastaría, sobre la base de la atribución de competencias para entenderlo suficiente³⁸⁰.

Igualmente CÁMARA LAPUENTE sostiene que la Unión posee limitadas competencias sobre el derecho de propiedad y los derechos reales, y sus vías de expansión se limitarían a la interpretación de las libertades fundamentales a través de la aplicación de preceptos de determinadas Directivas a contratos sobre derechos de bienes inmuebles, la regulación del mercado interior y la protección de los consumidores³⁸¹. En similar sentido VAQUER ALOY considera que los tratados no otorgan de manera directa

³⁷⁹ Visto en web el 28 de julio de 2020 en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2019-003117-ASW_EN.html.

³⁸⁰ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La unificación del Derecho civil patrimonial europeo», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coords.) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García I*, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1808-1809. También rechazaría la habilitación del actual art. 81 TFUE, al entender que debe circunscribirse a la cooperación judicial en materia civil (p. 1810).

³⁸¹ CÁMARA LAPUENTE, S., «Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos», cit., p. 1000.

competencias a la Unión en materia de Derecho privado, sino que la competencia resultaría de los objetivos a conseguir³⁸².

Otra crítica sería la de LOW, quien ante la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)) considera que no bastaría con el recurso al artículo 114 TFUE, puesto que en su caso sería necesario recurrir complementariamente al art. 352 TFUE para los instrumentos facultativos (al carecer la Unión de competencia expresa). A no sustituir esta *norma ipso facto* a los derechos contractuales nacionales, entraría en el ámbito de aplicación del término “aproximación” del art. 114 TFUE, por lo que tal normativa no sería una armonización en puridad, sino un escalón intermedio. No obstante sería dudoso que la competencia reguladora conduzca al grado de armonización requerido, salvo que plantee instituir un segundo régimen nacional, pero en todo caso sería difícil el acomodo competencial³⁸³.

De hecho, recientemente la Directiva 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (cuya base jurídica sería el art. 114 TFUE), en su considerando parece reconocer una especie de agotamiento del Derecho de la Unión para regular el contrato de compraventa de bienes inmuebles.

Por todo ello, difícilmente podría sostenerse una facultad general de la Unión para regular los Derechos reales de los Estados miembros, más allá de las limitaciones naturales que conllevarían inexorablemente las competencias cedidas, bien sea en razón de las diferentes libertades o por la aproximación de legislaciones para el establecimiento del mercado interior en su vertiente de la protección al consumidor. Además, la acción legislativa de la Unión sólo resultaría legítima si no conculca las limitaciones que derivan de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad igualmente estudiados.

2. La libertad de establecimiento como límites a los derechos reales de los Estados miembros

³⁸² VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del Derecho Civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo», *La Ley*, vol. 4, 2002, edición online.

³⁸³ LOW, G., «Unitas via Diversitas: Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 2012, p. 147.

Puede derivarse de lo anteriormente expuesto que, aunque la limitación que se deriva del art. 345 TFUE no impediría una posible armonización en materia de Derechos reales, la Unión carecería no obstante de una propia competencia *sui generis* para legislar en esta materia. Ello no impide, como se ha hecho referencia, que las legislaciones en materia de propiedad de los Estados miembros se puedan ver limitada por las libertades de la Unión.

Una de ellas es la libertad de establecimiento, prevista en los arts. 49 a 55 del TFUE. Resulta de tal trascendencia dicha libertad para la materia objeto del presente trabajo³⁸⁴, que la Directiva 2014/17 de crédito inmobiliario la cita en diferentes puntos de sus considerandos (2 y 72), así como en su art. 32. Y el Proyecto de Directiva sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales, que se analizará en el apartado correspondiente y se propone establecer un procedimiento de ejecución extrajudicial acelerada de garantías se erige como base, junto con el art. 114 TFUE, con el art. 53 (englobado por su sistemática en el capítulo relativo al Derecho de establecimiento).

De este modo en el actual epígrafe se abordarán las ideas esenciales relativas a esta libertad y su posible impacto en los Derechos reales de los Estados miembros.

2.1 Ideas generales sobre la libertad de establecimiento.

El derecho de establecimiento permite a los ciudadanos de la Unión y a las entidades empresariales que se establecen en ella establecerse y/o ejercer una actividad económica en cualquier Estado miembro de su elección. Este derecho conlleva la libertad tanto de establecerse como trabajador independiente o autónomo como de formar una agencia, sucursal o filial³⁸⁵, prohibiéndose las discriminaciones por razón de la

³⁸⁴ La doctrina ya reclamaba la eliminación de restricciones en el ámbito de los negocios inmobiliarios como consecuencia de la libertad de establecimiento, así como el reconocimiento de los títulos, vid. OLESTI RAYO, A., «La libre circulación de los agentes de la propiedad inmobiliaria: la interpretación jurisdiccional del acceso y ejercicio de la profesión en España», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, 3, 1992, p. 876.

³⁸⁵ Esta interpretación expresamente se establece el p. 13 de la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1986, asunto 270/83, caso Comisión contra Francia, en el sentido de que la libertad de establecimiento se extiende no solo a la constitución y gestión de empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sino que la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento se extiende a las restricciones a la creación de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. Incluso aunque el objetivo de la sociedad sea establecer una sucursal se estaría amparando la libertad de establecimiento, vid. Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, caso Centros.

nacionalidad con los nacionales del Estado miembro³⁸⁶. Además, los ciudadanos de la Unión y las entidades que traten de ejercer una actividad económica en otro Estado Miembro sobre la base del derecho de establecimiento estarán sujetos a las mismas condiciones que las aplicables a las naciones de los Estados miembros anfitriones³⁸⁷.

Como tal se entiende que el ejercicio de esta libertad conlleva el mantenimiento de una presencia estable y continua de la persona física o la empresa en cuestión en otro Estado miembro. Como ilustra la Sentencia del TJUE de 21 de junio de 1974, asunto C-2/74, caso *Reyners contra Bélgica*, se orienta en favorecer la interpenetración económica y social en el interior de la Unión (p. 21).

Además de su configuración general, el TFUE igualmente establece (en sus arts. 51 y 52) los motivos por los que se pueden permitir excepciones a la libertad de establecimiento; por ejemplo, por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública.

Esta libertad ha servido como base para la promulgación de legislación europea de gran trascendencia en la materia, como la Directiva de servicios (2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior) que incluye disposiciones que limitan y simplifican los requisitos administrativos aplicados a las personas o entidades que ejerzan el derecho de establecimiento.

El fundamento esencial de esta libertad viene delimitado en el art. 49-1 TFUE: “*quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro*”. De este modo, queda prohibida toda medida legislativa nacional que restrinja a los ciudadanos de la Unión la posibilidad de trasladarse a otro Estado miembro con el fin de establecer una actividad económica en dicho Estado.

En el segundo párrafo del artículo 49 se establece el principio de no discriminación como elemento constitutivo de la libertad de establecimiento³⁸⁸. Se instituye que la libertad de establecimiento incluirá el derecho a emprender y ejercer actividades por cuenta propia y a crear y gestionar empresas, incluidas sociedades, en las mismas condiciones que las aplicables a los nacionales del Estado miembro de acogida.

A pesar de los sucesivos periodos transitorios³⁸⁹ surgidos desde la versión original contenida entre los arts. 52 a 58 del Tratado de Roma por efecto de su art. 8, en el caso *Reyners contra Bélgica*, antes aludido, expresamente se reconoce que el art. 52 del

³⁸⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El derecho de establecimiento», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 112.

³⁸⁷ TOMKIN, J., «Chapter 2. Right of establishment», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 647.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 651.

³⁸⁹ Finalizado el 31 de diciembre de 1969, vid. KOTZUR, M., «Right of establishment», cit., p. 358.

Tratado de Roma (actual 49) tiene efecto directo (p. 30), por lo que resultaría directamente invocable en los tribunales internos.

De conformidad con el artículo 49-1, el derecho de establecimiento se aplica, en primer lugar, a los nacionales de los Estados miembros en tanto que ciudadanos de la Unión. Además, en virtud del artículo 54 del TFUE, ese derecho se extiende a las personas jurídicas, en particular a las sociedades constituidas en la Unión. De este modo, el art. 49 TFUE no puede ser invocado directamente por los nacionales de terceros países que residen (o tengan residencia permanente a los efectos del art. 16 de la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) en la Unión.

Como sostienen algunos autores, la libertad de establecimiento supone un apoyo a las interdependencias económicas y sociales en el ámbito de las actividades por cuenta propia, implicando la libertad de establecimiento igualmente la residencia de las personas dispuestas a establecerse permanentemente en otro Estado miembro distinto de su Estado de origen³⁹⁰.

Si la persona física es un trabajador por cuenta ajena establecido en un Estado miembro y además de esta actividad profesional, desea desempeñar otra profesión distinta en otro Estado miembro como trabajador autónomo, también podrá ser beneficiario de la libertad de establecimiento, como expresamente señala el TJUE en el p. 12 de su Sentencia de la Sala Tercera de 7 de julio de 1988, asunto C-143/87, caso Stanton contra Inasti.

Los nacionales de terceros países pueden obtener, sobre la base del art. 14 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, el derecho a residir en otro Estado miembro con el fin de ejercer una actividad económica como trabajador por cuenta ajena o propia. Igualmente, para los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio el art. 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo establece un derecho de establecimiento, así como con estados concretos (como Suiza³⁹¹).

Respecto a las personas jurídicas se difumina más el ámbito de aplicación subjetivo de esta libertad. Si bien las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión se equiparán a las personas físicas en lo que respecta a la libertad de establecimiento (art. 54 TFUE), las excepciones pueden ser varias. Por un lado, el derecho de establecimiento no puede ser invocado por empresas de terceros países que se limitan a tener una sucursal o agencia en un Estado miembro (pero que no están establecidas en la Unión a los efectos del art. 54 TFUE). Como

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 358.

³⁹¹ Art. 1-a del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza.

establece el p. 33 de la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-31/11, caso Scheunemann, se entiende que el TFUE no contiene disposición alguna que amplíe el ámbito de aplicación en ese sentido (en relación a una empresa con domicilio social en Canadá). No obstante, la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-87/13, caso Staatssecretaris van Financiën contra X, permite en su p. 21 que los nacionales de terceros países que sean titulares de una participación en el capital social de una sociedad establecida en un Estado miembro pueden invocar la libertad de establecimiento en favor de dicha sociedad.

La libertad de establecimiento tiene un doble nivel de impacto. Por un lado, obliga a los Estados miembros a impedir establecer obligaciones adicionales a las personas físicas o empresas que deseen trasladarse a los mismos. Pero, la libertad de establecimiento igualmente prohíbe a los Estados miembros de origen establecer obligaciones y medidas que prohíban, dificulten, hagan menos atractivo el ejercicio o en definitiva disuadan a sus nacionales o a las sociedades constituidas de conformidad con su legislación, de trasladarse para establecerse en otro Estado miembro de la Unión, como expresamente ha declarado el TJUE ³⁹².

De este modo la libertad de establecimiento puede suponer un límite para los actos legislativos de los Estados miembros, o para los actos administrativos (como la resolución de una oficina de adjudicación de contratos públicos austriaca, como el caso estudiado en la Sentencia de la Sala Sexta del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98). Pero la libertad de establecimiento puede aplicarse a normas o medidas que no sean de Derecho público o de entidades de Derecho público, pero que sin embargo regulen condiciones del empleo remunerado o la prestación de servicios³⁹³. Esto se denomina el efecto horizontal o de terceros de las libertades fundamentales³⁹⁴.

En lo referente al ámbito de aplicación material de la libertad de establecimiento, el art. 49 debe interpretarse en sentido amplio, de tal manera que el TJUE ha dado

³⁹² P. 33 de la Sala Tercera del TJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-657/13, caso Verder LabTec, en el que una empresa domiciliada en Alemania que quiso trasladarse a Países Bajos se vio obligada a pagar una plusvalía fiscal de transferencia correspondiente al valor de sus derechos de patentes, marcas y modelos de utilidad en relación con su valor de mercado al tiempo de la transferencia. A pesar de ello, el TJUE entendió que la normativa fiscal alemana no vulneraba la libertad de establecimiento. No obstante, en otros casos anteriores el TJUE entendió que las normas fiscales nacionales pueden disuadir a las personas o entidades de abandonar su Estado de origen, a fin de ejercer el derecho de establecimiento en otro Estado es una circunstancia comprendida en la prohibición que deriva de la libertad de establecimiento. Tal es el caso de la Sentencia de la Sala Quinta de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98, caso Baars, en el que declara contrario a esta libertad el Derecho tributario de los países bajos al conceder la norma tributaria una exención total a los nacionales de los Estados miembros titulares de participaciones en el capital social que residan su territorio pero que la denegaba a los titulares de acciones de sociedades establecidas en otros Estados miembros.

³⁹³ Como ha pasado con un reglamento del Consejo Nacional de la Abogacía de los Países Bajos en la Sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99; las normas de una Federación deportiva como la Unión Ciclista Internacional en la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74; o un convenio colectivo de trabajo suscrito con un sindicato finlandés en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, caso Viking.

³⁹⁴ KOTZUR, M., «Right of establishment», cit., p. 359.

sistemáticamente una interpretación extensiva a las actividades que pueden considerarse comprendidas en el ámbito de aplicación de esa disposición³⁹⁵.

En particular, se ha considerado que el derecho de establecimiento se aplica a cualquier actividad que tenga carácter comercial, industrial o económico, consistente en las actividades que entrañan ofrecer bienes y servicios en el mercado (p. 7 de la Sentencia del TJUE de 16 de junio de 1987, asunto C-118/85).

Por establecimiento el TJUE ha entendido que implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada (p. 20 de la Sentencia del TJUE de 25 de julio de 1991, asunto C-221/89, caso Factortame).

El hecho de que una actividad económica también se preste como servicio público no afecta a su calificación como actividad, que entra en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento³⁹⁶.

La libertad de establecimiento no es limitada, en tanto que permite que una persona puede estar establecida en más de un Estado miembro para ejercer una profesión liberal, mediante la creación de un segundo centro de actividad profesional o lugar de trabajo (e incluso múltiples) siempre que se respeten las normas de conducta profesional pertinentes. El fin último de esta libertad sería la favorecer la penetración recíproca de las dimensiones económica y social en el interior de la Unión en el ámbito de las actividades por cuenta propia (Sentencia del TJUE de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, caso Gebhard pp. 24 y 25).

Un factor decisivo que hace que una actividad entre en el ámbito de las disposiciones del TFUE sobre la libertad de establecimiento es su carácter económico; es decir, que la actividad no se presta gratuitamente o ejerce sin contrapartida. No es necesario siquiera que el prestador persiga el objetivo de obtener un beneficio o ánimo de lucro, simplemente obtener una contraprestación³⁹⁷. El hecho de que los salarios de una

³⁹⁵ TOMKIN, J., «Chapter 2. Right of establishment», cit., p. 654. El autor se sirve de la propia consideración del TJUE dada en su Sentencia de la Sala Tercera de 11 de marzo de 2010, asunto C-384/08, caso Attanasio Group Srl, en virtud de la cual el concepto de construcción de estaciones de servicio de distribución de carburantes se entendió comprendido en el concepto de establecimiento en el sentido del Tratado, en tanto que el concepto es muy amplio e implica necesariamente la posibilidad de que un nacional de la Unión participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello (p. 36 de Attanasio Group).

³⁹⁶ Como el caso de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 23 de febrero de 2016, asunto C-179/14, Comisión contra Hungría, en el que se debatía si la emisión de vales con un beneficio fiscal concedidos por los empresarios a sus empleados para adquirir comidas frías se incluía en la libertad de establecimiento. El TJUE entendió que la legislación nacional húngara establecía un monopolio a favor de organismos públicos en el ámbito de la emisión de vales que permiten la adquisición de comidas frías por su sistema fiscalmente ventajoso.

³⁹⁷ Tal es el asunto de la pp. 32 y 33 de la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-281/06, caso Jundt. En el caso de este asunto si bien el prestador del servicio (concretamente de docencia universitaria), aunque ejerció su servicio por un precio muy reducido o “casi benévolo” en palabras del Tribunal, ello no quitaba que lo que recibió no se considerase remuneración por contrapartida de la prestación realizada a los efectos del Derecho primario. O la anteriormente referida Sentencia

actividad o función determinada se fijen de acuerdo con las tasas determinadas por una autoridad pública³⁹⁸ o que los beneficios obtenidos en el desempeño de una actividad deban utilizarse exclusivamente para determinados objetivos de interés público³⁹⁹ no supone un impedimento para su consideración como prestación de servicios a los efectos del Derecho primario.

De este modo, tal y como señala la Sentencia Comisión contra Hungría C-179/14 anteriormente citada en pie de página, el factor determinante para interpretar si una actividad se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho primario son las características objetivas de una actividad y en concreto carácter económico, es decir, que la actividad no debe ejercerse sin contrapartida (p. 154 de Comisión contra Hungría); con independencia de la designación en la legislación nacional (p. 157).

La libertad de establecimiento, en su concepción, es distinta y a su vez complementaria de las demás libertades destinadas a aumentar la movilidad de los ciudadanos de la Unión, al igual que la circulación de capitales⁴⁰⁰. Pero a diferencia de la libertad de circulación de los trabajadores de los arts. 45-48 TFUE, que se refiere al derecho de acceso al mercado de trabajo de otro Estado miembro en calidad de empleado por cuenta ajena, la libertad de establecimiento tiene por objeto facilitar a los ciudadanos de la Unión la creación y la gestión de sus propias empresas como trabajadores autónomos por cuenta propia o agentes independientes. De este modo, si bien como se expuso al hilo del asunto C-143/87, caso Stanton contra Inasti, la libertad de establecimiento puede ser complementaria cuando una persona simultanea una ocupación por cuenta ajena con otra por cuenta propia, el TJUE ha sostenido por el contrario que las disposiciones que rigen la libertad de los trabajadores y la libertad de establecimiento se excluyen mutuamente respecto a la misma actividad (p. 20 de la Sentencia del TJUE de 30 de noviembre de 1995, C-55/94, caso Gebhard, antes aludido).

La libertad de establecimiento también puede distinguirse de la libertad de prestación de servicios de los arts. 56 a 62 TFUE, siendo el matiz diferenciador el hecho de que la libertad de establecimiento implica un mayor grado de compromiso e integración en el Estado miembro de acogida. Mientras que la libertad de prestación de servicios conlleva la libertad de realizar o ser beneficiario de una actividad económica de forma temporal, la libertad de establecimiento implica el ejercicio de una actividad empresarial de forma estable y continuada desde una base profesional establecida en el EM de acogida (p. 28 de la Sentencia del caso Gebhard, C-55/94 antes citado). Y como señala el p. 22 de la Sentencia Gebhard la libertad de servicios es subsidiaria de la libertad de establecimiento, por lo que son libertades excluyentes entre sí.

Comisión contra Hungría, de 23 de febrero de 2016, en cuyo caso la emisión de vales de comidas suponía un beneficio para los trabajadores.

³⁹⁸ Como el caso de perito judicial en Francia, como constata la Sentencia de 17 de marzo de 2011, asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09, caso Peñarroja.

³⁹⁹ Como ocurre con la lotería, vid. Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 1994, asunto C-275/92, caso Schindler.

⁴⁰⁰ TOMKIN, J., «Chapter 2. Right of establishment», cit., p. 655.

Por último, es preciso aludir al hecho de que la libertad de establecimiento puede ser restringida en determinados contextos. La propia jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 5 de diciembre de 1989, asunto C-3/88, caso Comisión contra Italia) ha considerado que las disposiciones que garantizan las libertades fundamentales son una expresión específica del principio de no discriminación, incluso de forma encubierta (p. 8). De hecho, se entiende que la libertad de establecimiento supone una especificación de la prohibición general de discriminación por razón de la ciudadanía, tal como se establece en el artículo 18-1 del TFUE⁴⁰¹. De este modo, el fin último de la libertad de establecimiento estriba en que los nacionales de la Unión que ejerzan una actividad empresarial en otro estado de la Unión reciban el mismo trato que los nacionales de dicho Estado.

El tenor del art. 49 parece ser estricto. De hecho, el propio TJUE ha llegado a admitir que la libertad de establecimiento impera incluso si la desventaja o discriminación es de pequeño alcance (p. 21 de la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1986, asunto 270/83), lo que consolida un criterio de interpretación restrictivo. Pero ello no quiere decir que la libertad de establecimiento sea absoluta. Habrá de estarse al propio contenido de los arts. 51 a 53 TFUE⁴⁰². Esto se dibujaría en un principio de igualdad de trato respecto a los nacionales de otros Estados⁴⁰³.

Destaca, a modo ejemplificativo, el régimen de reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, cuestión que redundaría esencialmente en la libertad de establecimiento. Como señala el p. 10 de la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 1987, asunto C-222/86, a falta de armonización los Estados miembros tienen la competencia para definir los conocimientos y cualificación necesarios para el ejercicio de una profesión y a exigir la titulación que certifique la posesión de estos conocimientos y cualificación. El art. 53 del TFUE establece dicha posibilidad de armonización, que se ha vertebrado en actos como la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

2.2 Dimensión transfronteriza de la libertad de establecimiento

Las disposiciones del TFUE sólo pueden aplicarse en aquellas situaciones que entren en el ámbito del Derecho de la Unión. Es así que para la libertad de establecimiento y la libre circulación, la jurisprudencia del TJUE ha establecido que debe mediar algún

⁴⁰¹ KOTZUR, M., «Right of establishment», cit., p. 359.

⁴⁰² TOMKIN, J., «Chapter 2. Right of establishment», cit., p. 658.

⁴⁰³ KOTZUR, M., «Right of establishment», cit., p. 360.

factor de conexión con alguna de las situaciones previstas por el Derecho comunitario, de tal manera que no pueden aplicarse a actividades cuyos elementos están contenidos por entero en un solo Estado miembro, como establecen los pp. 7 y 9 de la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 28 de enero de 1992, asuntos acumulados C-330/90 y C-331/90, caso López Brea e Hidalgo Palacios.

Dado que la esencia misma de la libertad de establecimiento se refiere a la circulación a los efectos de establecerse en otro Estado Miembro, esta se aplica, por definición, a situaciones que tengan dimensión transfronteriza de tal manera que no puede invocarse respecto a actividades cuyos elementos estén contenidos por entero en un solo Estado miembro⁴⁰⁴.

En cualquier caso, el TJUE ha reconocido la dimensión transfronteriza en aspectos que, *a priori*, podrían parecer puramente cuestiones de Derecho interno. Por ejemplo, un ciudadano de la Unión puede invocar el derecho de establecimiento contra su propio Estado miembro si se considera que el derecho nacional impediría o disuadiría el futuro ejercicio de ese derecho⁴⁰⁵. De igual forma un ciudadano puede invocar la libertad de establecimiento contra su propio Estado cuando en el pasado hayan ejercido derechos de libre circulación en otro Estado Miembro (como obtener unas calificaciones), y cuando al tratar de restablecerse en su Estado Miembro de origen se encuentran en desventaja como resultado del ejercicio pasado de los derechos de libre circulación⁴⁰⁶.

Otros supuestos en los que se ha procedido a aplicar las libertades de la Unión a situaciones de Derecho interno y que pueden suponer una excepción a la regla general enunciada ha sido cuando los Estados miembros han optado por hacer extensivos a sus propios ciudadanos los mismos derechos que el derecho de la Unión confiere a los nacionales de otro Estado miembro en la misma situación⁴⁰⁷. O cuando las disposiciones

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 357, y TOMKIN, J., «Chapter 2. Right of establishment», cit., p. 656. Y en similar sentido el p. 49 de la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-389/05, caso Comisión contra Francia. Para PARRAS MARTÍN, A., «Las existencias de elementos extranjeros en las crisis empresariales de las entidades de crédito», en PEINADO GRACIA, J.I., VALENZUELA GARACH, F.J. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coords.) *Estudios de derecho concursal*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 281 y ss., la repercusión transfronteriza que derivaría de la libertad de establecimiento regulada en el Derecho primario se centraría en entidades empresariales (en el estudio citado el autor se refiere a entidades de crédito) que se han ido expandiendo al resto de países de la Unión, ejerciendo competencias más allá de las fronteras de su Estado miembro de origen.

⁴⁰⁵ Como por ejemplo el carácter limitado de la expedición de autorizaciones para la explotación del transporte de pasajeros en vía navegable para turistas. En el p. 41 de la Sentencia de la Sala Tercera de 1 de octubre de 2015, asuntos acumulados C-340/14 y C-341/14, se entendió que podía limitar el acceso al mercado de todos los prestadores, incluidos aquellos procedentes de otros Estados miembros.

⁴⁰⁶ Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13, caso Torresi. Los interesados habían cursado sus estudios de licenciatura en Italia, y posteriormente obtuvieron un título universitario en España, colegiándose en el Colegio de Abogados de Tenerife. Cuando los interesados solicitaron inscribirse en el Colegio de Abogados de Macerata (Italia) este último no se pronunció sobre las solicitudes de inscripción. El TJUE entendió en su p. 48 que los nacionales de un Estado miembro tienen derecho a elegir el Estado miembro en el que desean adquirir sus cualificaciones profesionales, por un lado, y el Estado miembro en el que tienen la intención de ejercer su profesión.

⁴⁰⁷ Sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2000, asunto C-448/98, Guimont, p. 23. En este caso, el Sr. Guimont fue sancionado en Francia con una serie de multas por haber ofrecido un producto alimenticio con etiquetas engañosas, concretamente queso emmenthal. La razón es que el queso producido por el Sr.

del Derecho nacional de un Estado miembro se remiten al Derecho de la Unión para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de ese Estado (p. 36 de la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 1990, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, caso Dzodzi, p. 36).

2.3 Distinción entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales cuando se produce una limitación sobre un derecho real

Como se ha comprobado en el anterior epígrafe, el contenido y objeto de la libertad de establecimiento en determinadas circunstancias puede llegar a confundirse con otras libertades de la Unión, como la libre circulación de trabajadores o la libre prestación de servicios.

Igual confusión de conceptos puede prestarse con la distinción entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Si bien, tanto la libertad de establecimiento como la libertad de circulación de capitales pueden entrañar la transferencia transfronteriza de sumas de dinero (por ejemplo, a los efectos de adquirir una participación en una empresa), el Tribunal de Justicia ha requerido de pronunciamiento expreso para delimitar ambas libertades en diferentes circunstancias. Por ejemplo, son las disposiciones sobre la libertad de establecimiento las que se aplicarán en los casos en que la operación dé lugar a una participación de control en una empresa como apunta la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-231/05, caso Oy AA. La razón sería que se trata de una participación que confiere al titular una influencia efectiva en las decisiones de la sociedad y le permite determinar las actividades de ésta (p. 20 de Oy AA).

De esta forma, en relación a una operación concreta (como puede ser la compraventa de acciones o participaciones de una sociedad) la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece el criterio de la “influencia decisiva” para determinar si se trata de una “actividad empresarial” (subsumible en el art. 49 TFUE de la libertad de

Gruimont no cumplía uno de los requisitos técnicos establecidos por la legislación francesa, cual era que el queso no tuviese corteza. La razón esgrimida por Gruimont era que la denominación “emmental” era genérica y ampliamente utilizada en varios países de la Unión Europea sin ninguna condición, y la normativa comunitaria no reconocía ningún derecho a la protección de la denominación de este queso en el periodo de autos. Al permitirse la importación de queso fabricado sin respetar los estándares establecidos en la legislación francesa, se entendió esta contradictoria el Derecho de la Unión.

establecimiento) o una “actividad de inversión” del art. 63 TFUE (de la libre circulación de capitales)⁴⁰⁸.

Una de las primeras resoluciones en apuntar a esta distinción fue la Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1981, C-203/80, asunto Casati, donde expresamente se afirmó que, en la práctica, la libertad de determinados movimientos de capitales es una condición para el eficaz ejercicio de otras libertades garantizadas por el Tratado, en especial del derecho de establecimiento (p. 8).

Descendiendo al objeto del presente trabajo es preciso aludir a la Sentencia del TJUE de 1 de junio de 1999, asunto C-302/97 (Konle), antes referido. En el mismo un señor de nacionalidad alemana adquirió, en la subasta de un procedimiento de ejecución forzosa en Austria, un inmueble. No obstante, la Ley de Transmisión de Bienes Inmuebles de Tirol exigía obtener una autorización administrativa para formalizar la adquisición, que no se exigía a nacionales austriacos. En esa tesitura la Capitanía de distrito de Lienz (Bezirkshauptmannschaft) denegó la autorización administrativa del nacional alemán, a pesar de que manifestó que tenía la intención de trasladarse para ejercer allí una actividad comercial relacionada con su empresa. De este modo el interesado recurrió la denegación de autorización administrativa en sede contencioso-administrativa, en la que se planteó la cuestión prejudicial.

Respecto a la libertad de establecimiento, el TJUE interpretó en consonancia con la jurisprudencia anteriormente citada, que las normas nacionales que regulan la adquisición de la propiedad inmueble deben respetar las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, así como la libre circulación de capitales. En ese sentido el derecho a adquirir, explotar y enajenar bienes inmuebles en el territorio de otro Estado miembro constituye el complemento necesario de la libertad de establecimiento (p. 22 de Konle).

De este modo se hizo necesario para el TJUE determinar si un régimen de adquisición judicial de la propiedad como el austriaco podía constituir una excepción a la libertad de establecimiento, hoy contenida en el art. 52-1 del TFUE (*Las disposiciones del presente capítulo* (relativas a la libertad de establecimiento) *no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas*).

El TJUE entendió que un procedimiento de autorización administrativa previa para la adquisición de la propiedad, como el que resulta de la legislación austriaca entrañaba, por su propio objeto, una restricción a la libre circulación de capitales, que permitiría una aplicación discriminatoria y sólo puede considerarse compatible con el artículo 56 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 52-1) en determinadas

⁴⁰⁸ BARNARD, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, cit., p. 527, HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 19, 52, 2015, p. 880.

condiciones (p. 39 de Konle). Y aunque el Tribunal de Justicia entendía que un requerimiento administrativo previo podía justificar la exigencia de autorización previa por el objetivo de ordenación del territorio como el mantenimiento de una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico en ciertas regiones (circunstancia puesta de relieve por el gobierno austriaco), lo cierto es que la medida restrictiva solo podría admitirse aplicada de forma no discriminatoria y si otros procedimientos no permiten llegar al mismo resultado (p. 40 de Konle).

De este modo, y habida cuenta del riesgo de discriminación inherente a un sistema de autorización previa a la adquisición de bienes inmuebles, así como del resto de posibilidades del que disponía el Estado austriaco para asegurar la ordenación del territorio, se entendió que el procedimiento de autorización administrativa de dicha legislación constituía una restricción a la circulación de capitales que no era indispensable para luchar contra las infracciones de la legislación nacional en materia de residencias secundarias (p. 49 de Konle).

De este modo, en el caso Konle, el TJUE entendió que la legislación austriaca no podía subsumirse en la excepción del art. 52 TFUE para encuadrar la legislación discriminatoria interna en las excepciones a la libertad de establecimiento, reconduciendo su análisis a la contravención a la libre circulación de capitales⁴⁰⁹.

Y si bien el Tribunal ha reconocido que las normas nacionales que limitan la adquisición, el uso o la enajenación de propiedades inmobiliarias podrían afectar tanto al derecho de establecimiento como a la libre circulación de capitales, se ha abstenido de analizar esas normas sobre la base del derecho de establecimiento cuando las restricciones de ese derecho parecen ser simplemente la consecuencia inevitable de la restricción de la circulación de capitales. Ello se plantea en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 6 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-52/16 y C-13/16, caso SEGRO.

A la luz del asunto SEGRO, una sociedad mercantil con domicilio social en Hungría cuyos socios eran personas físicas nacionales de otros Estados miembros y residentes en Alemania adquirió derechos de usufructo sobre dos fincas rústicas situadas en Hungría e inscritos en el Registro de la Propiedad de dicho Estado miembro. De este modo la Delegación del Gobierno de la Provincia húngara procedió a la cancelación de los referidos derechos de usufructo en el Registro de la Propiedad, con fundamento en la Ley del Registro de la Propiedad de Hungría. En su impugnación en sede contencioso-administrativa, los representantes de la sociedad pusieron de relieve el carácter inconstitucional de las resoluciones que cancelaban los derechos de usufructo en tanto que no se contemplaba una indemnización. La postura del gobierno húngaro era que la indemnización sólo se preveía para los nudos propietarios, si se cancelaba el contrato con los usufructuarios. De este modo, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szombathely planteó cuestión prejudicial preguntando si la cancelación de los

⁴⁰⁹ Como señala la doctrina, el caso Konle es el primero en el que se contemplaron los bienes inmuebles como capital a los efectos de la protección prevista en los tratados, vid. SPARKES, P., *European Land Law*, cit., pp. 25-26.

derechos de usufructo sin compensación se oponía a la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales en la Unión.

Este planteamiento sirvió al TJUE para pronunciarse sobre la aplicación de la libre circulación de capitales (actual art. 63 TFUE) o la libertad de establecimiento (comentado art. 49 TFUE) cuando el derecho nacional afectado consistía en la limitación de un Derecho real.

Al tener las resoluciones controvertidas en sede judicial nacional húngara la extinción *ex lege* de derechos de usufructo adquiridos por una sociedad con capital de otro Estado miembro sobre terrenos agrícolas, cuando los titulares de tales derechos no cumplían los requisitos a los que la normativa nacional supeditaba la adquisición de derechos de usufructo; teniendo todo como resultado la cancelación en el Registro de la Propiedad de dichos derechos anteriormente adquiridos.

Con carácter preliminar el TJUE deja constancia de la doctrina aplicada en las consideraciones preliminares del presente trabajo, en tanto que el art. 345 TFUE no produce el efecto de sustraer los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a las reglas fundamentales de la Unión, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales (p. 51 de SEGRO). Por lo tanto, se hacía preciso determinar cuál era la libertad concreta aplicable al litigio.

El TJUE establece como criterio que debe tomarse en consideración, el objeto de la normativa nacional en cuestión⁴¹⁰. Para el Tribunal, debe partirse de la base de que cuando se ejerce el derecho a adquirir, a explotar y a enajenar bienes inmuebles en el territorio de otro Estado miembro, como complemento del derecho de establecimiento, ese derecho genera movimientos de capitales (p. 54 de SEGRO).

De este modo, aunque la normativa interna pudiese *a priori* incluirse en el ámbito de aplicación de las libertades de establecimiento y circulación de capitales, no era menos cierto que los efectos restrictivos de la normativa nacional húngara sobre la libertad de establecimiento eran la consecuencia necesaria de un obstáculo a la libre circulación de capitales y no justifica un examen autónomo de la libertad del art. 49 TFUE (p. 55 de SEGRO)⁴¹¹.

⁴¹⁰ La jurisprudencia del TJUE viene sentando este criterio en asuntos como la Sentencia de la Gran Sala de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, caso Cadbury Schweppes. En su p. 33 se desprende que cuando una normativa nacional tenga efectos restrictivos sobre la libre prestación de servicios y sobre la libre circulación de capitales debe atenderse a un examen autónomo de la referida legislación nacional. Todo ello en relación al debate sobre un domicilio fiscal.

⁴¹¹ El criterio de la vulneración de una libertad como consecuencia ineluctable de la restricción de otra ya se apunta de la jurisprudencia del TJUE de asuntos como la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, caso Omega. En su p. 27 se pone de manifiesto que una normativa que limitaba las importaciones de mercancías de un juego láser prohibido por la autoridad de un Estado, y que podía interpretarse lesivo de la libre circulación de mercancías, se trataba de una consecuencia inevitable de la restricción impuesta en relación con las prestaciones de servicios de ese juego por las autoridades del Estado miembro en cuestión.

Atendiendo al concepto de movimientos de capitales, el TJUE conceptúa que comprenden las operaciones por las que los no residentes efectúan inversiones inmobiliarias en el territorio de un Estado miembro. Para ello se establece como requisito atenerse a la nomenclatura establecida en el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo (que se analizará más adelante al hilo de la libre circulación de capitales). En el caso analizado las inversiones inmobiliarias que tenían por objeto la adquisición de un usufructo mediante contrato sobre terrenos agrícolas se encontraba recogida en el anexo I de la Directiva 88/361, dentro de la adquisición de derechos de usufructo sobre propiedades edificadas o sin edificar (p. 57 de SEGRO). Y por lo tanto se entendía comprendida en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales del art. 63 TFUE.

En base a este argumento se entendió que la controversia debía abordarse a la luz de la libre circulación de capitales. Y en el caso SEGRO se entendió que, una normativa que permitía la extinción de los derechos de usufructo adquiridos contractualmente sobre terrenos agrícolas restringía la libre circulación de capitales (p. 62 de SEGRO); en tanto que la normativa privaba a la sociedad interesada de seguir disfrutando del derecho adquirido al impidiéndole explotar los terrenos agrícolas.

De la Sentencia SEGRO se desprenden dos ideas esenciales. Por un lado, que en los casos en los que existan dudas sobre la aplicación de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales debe atenderse al examen de la normativa nacional y del derecho y cuestión. Y, por otro, que cuando lo que establece el derecho interno es la mera limitación al ejercicio de un derecho real, la libertad de establecimiento no es sino la consecuencia necesaria de la libre circulación de capitales, cuyos parámetros a evaluar serán los más relevantes a efectos de determinar la conformidad al Derecho de la Unión de la limitación del derecho en cuestión.

2.4 La libertad de establecimiento y su impacto en los Derechos de propiedad inmobiliarios

Estudiados los aspectos más relevantes de la libertad de establecimiento, se hace necesario el estudio de su posible repercusión en los Derechos reales de los Estados miembros.

En los términos antes descritos, la libertad de establecimiento puede ser un factor que incida en los derechos de registro de los Estados miembros. Un ejemplo es la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 1991, en el asunto C-246/89, caso Comisión contra Reino Unido.

En el mismo, el TJUE dictaminó que la normativa británica, al exigir como requisitos para la matriculación de un buque de pesca en su Registro nacional que los propietarios, fletadores y armadores del buque fuesen nacionales británicos o sociedades constituidas en el Reino Unido (con al menos el 75 % del capital social en manos de nacionales británicos), incumplía la libertad de establecimiento comunitaria. Todo ello en tanto que la matriculación de un buque en otro Estado miembro constituye un instrumento para el ejercicio de una actividad económica en otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento adquiere un importante matiz en lo que se refiere al impacto en los derechos de propiedad de los Estados miembros de la mano del art. 50-1 y 2-e del TFUE, bajo cuyo tenor:

“1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social. 2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 39”.

Este artículo establece una base para la adopción de medidas de la Unión destinadas a facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento⁴¹².

En virtud del actual artículo 50-1 TFUE, las disposiciones facultan al legislador de la Unión para adoptar medidas destinadas a facilitar el ejercicio de determinadas actividades en aras de garantizar la libertad de establecimiento. En él se establece además el procedimiento para la adopción de dicha legislación. Según este procedimiento, la legislación debe adoptar la forma de directivas, aprobadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, previa consulta al Comité Económico y Social.

De este modo las diferentes disposiciones que figuran ahora en el artículo 50-2 del TFUE determinan las esferas específicas que deben ser objeto de la acción de la Unión a fin de aumentar la libertad de establecimiento⁴¹³.

⁴¹² TOMKIN, J., «Chapter 2. Right of establishment», cit., p. 669.

⁴¹³ Muy enfocada al Derecho societario y la dinámica empresarial. Entre las materias armonizadas destacan la formación de sociedades anónimas y los requisitos mínimos de capital social, así como la división y fusión de las sociedades de responsabilidad limitada (Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades); la preparación y la auditoría de las cuentas anuales y las cuentas consolidadas de grupo de determinadas categorías y empresas (Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas); los derechos de los accionistas (Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas); las ofertas públicas de adquisición (Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición); el establecimiento de sociedades unipersonales (Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único); o la sociedad anónima europea

De acuerdo con la antigua versión del artículo 54, correlativo al referido, el Consejo tenía que desarrollar un programa general para abolir las restricciones al derecho de establecimiento. Se trataba de un acto jurídico sin efectos externos, que proporcionaba una base razonable para la aplicación de la libertad de establecimiento. El Consejo promulgó el Programa General para la abolición de las restricciones a la libertad de establecimiento el 18 de diciembre de 1961⁴¹⁴, el cual se refiere a los derechos reales en el sentido “de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes muebles o inmuebles” (p. d del Título III del Programa) junto con la propiedad intelectual. El deber de elaborar un programa ya fue abandonado por el Tratado de Ámsterdam⁴¹⁵.

Respecto a la adquisición o aprovechamiento de bienes inmuebles en virtud de la libertad de establecimiento reflejada en el art. 50 del TFUE no existen instrumentos legislativos específicos a día de hoy. No obstante, la incidencia de la libertad de establecimiento en los Derechos reales ha sido delimitada en varios pronunciamientos del TJUE.

Por un lado, la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 18 de junio de 1985, asunto C-197/84, *Steinhauser contra Biarritz*. En dicho caso un señor de nacionalidad alemana y artista pintor de profesión solicitó participar en la licitación de la cesión en arriendo de una de las “crampottes” o cabañas de Biarritz, que pertenecían al ayuntamiento de la localidad francesa, situadas en el puerto de pescadores y destinadas a exposiciones para la venta de obras de artesanía (p. 3). Pero, para concurrir a dicho concurso para obtener el arrendamiento, entre sus bases se exigía detentar la nacionalidad francesa.

El TJUE entendió que la imposición de adquirir el derecho de arrendamiento se basaba en una disposición incompatible con la libertad de establecimiento (p. 13); aplicándose la regla de asimilación de los nacionales de los otros Estados miembros a los propios nacionales. Ello conllevaría la prohibición de cualquier discriminación o práctica discriminatoria basada en la nacionalidad dimanante de normativa interna (p. 14).

De ello se derivó la interpretación del TJUE de que el arriendo de un local para uso profesional era útil para el ejercicio de una actividad profesional y por lo tanto estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación del Tratado (p. 16 de *Steinhauser*).

La libertad de establecimiento de vio igualmente vulnerada en la Sentencia del TJUE de 14 de enero de 1988, asunto C- 63/86, caso *Comisión contra Italia*. En el mismo se estudió la compatibilidad con la libertad de establecimiento de la legislación italiana, que reservaba a los nacionales italianos exclusivamente el acceso a la propiedad y al

(Reglamento nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea). Como advierte la doctrina, en aquellas materias societarias no dispuestas por la normativa europea, habrá de remitirse a la legislación del Estado miembro en el que la sociedad tenga su domicilio, vid. GARCÍA SANZ, A., *La Competencia de la Junta General en la Reactivación de la Sociedad Anónima*, Cizur Menor, Aranzadi. Revista de Derecho de Sociedades, 2009, p. 24.

⁴¹⁴ Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, DOCE nº 002 de 15/01/1962 pp. 0036 – 0045.

⁴¹⁵ KOTZUR, M., «Right of establishment», cit., p. 365.

arrendamiento de viviendas construidas o rehabilitadas con ayuda de fondos públicos, así como el acceso al crédito inmobiliario de interés reducido. En dicho asunto un nacional belga solicitó un préstamo hipotecario de interés reducido para la adquisición de una vivienda en Mordano (provincia de Bolonia), donde residía y ejercía sus actividades por cuenta propia.

El TJUE entendió que, para una persona física, el ejercicio de una actividad profesional no sólo supone la posibilidad de acceder a los locales donde pueda ejercer su actividad, pudiendo solicitar en préstamo el importe necesario para su adquisición. Ello igualmente incluiría la eventualidad de alojarse en dicho inmueble (p. 15 de Comisión contra Italia). Por ello la restricción de la normativa italiana para acceder a un préstamo con interés reducido, aun regulándose en normativa sobre vivienda podía al ser el lugar en el que se ejerce la actividad pueden constituir un obstáculo al ejercicio profesional y consiguientemente a la libertad de establecimiento (p. 15 de Comisión contra Italia).

En palabras del Tribunal, para garantizar la perfecta igualdad en la competencia que persigue la libertad de establecimiento, el nacional de un Estado miembro que desea ejercer una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro debe tener la posibilidad de alojarse en las mismas condiciones de que disfrutaban sus competidores nacionales del Estado en cuestión. Y en esa lógica, toda restricción dirigida al derecho de acceso a la vivienda, así como las facilidades concedidas a los nacionales del estado en cuestión para reducir la carga financiera debe ser considerada como un obstáculo al ejercicio de la propia actividad profesional (p. 16 de Comisión contra Italia).

De este modo, a pesar de que la normativa nacional tenga por objeto la regulación de la vivienda, o cuando se refiera a las viviendas sociales, debe incluirse entre las normas sometidas al principio de igualdad de trato nacional que exige la libertad de establecimiento (p. 17 de Comisión contra Italia), en tanto que no se puede diferenciar entre distintas formas de establecimiento, ni tampoco excluir a los prestadores de servicios de la igualdad de trato nacional (p. 19). De este modo se entendió conculcada la libertad de establecimiento.

En similar sentido se encuentra la Sentencia de 30 de mayo de 1989, C- 305/87, Comisión contra Grecia. En el mismo se sometía a juicio del Tribunal un Decreto Presidencial de la República de Grecia de 1927 que prohibía la adquisición, por personas físicas o jurídicas que no sean nacionales griegos, del derecho de propiedad o de otro derecho real (a excepción de derechos de hipoteca), sobre bienes inmuebles situados en las regiones helénicas designadas como fronterizas. Igualmente se prohibía la cesión, a esas mismas personas, del derecho de uso y de arrendamiento, por un período de más de tres años, sobre bienes inmuebles urbanos situados en las regiones fronterizas. Dentro del ámbito de la prohibición se incluía por igual el arrendamiento o uso de cualquier bien inmueble agrícola.

En opinión el TJUE, en base a la libertad de establecimiento la prohibición nacional no se refiere solo a las normas específicas relativas al ejercicio de las actividades profesionales, sino igualmente a las relativas a las diversas facultades generales útiles

para el ejercicio de esas actividades (como puede suponer la adquisición de bienes inmuebles, p. 21 de Comisión contra Grecia).

El TJUE interpreta el precepto correlativo con el actual art. 50-2 e TFUE, así como del Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y llega a la determinación de que el derecho a adquirir, a explotar y a enajenar bienes inmuebles en el territorio de otro Estado miembro constituye el complemento necesario de la libertad de establecimiento (p. 22 de Comisión contra Grecia). Por ello la legislación helénica, al subordinar el ejercicio del derecho a comprar o a explotar bienes inmuebles por los nacionales de otros Estados miembros a restricciones que en el decreto objeto de estudio no estaban reflejadas para los nacionales griegos, obstaculizaba el ejercicio de la libertad de establecimiento (p. 23) derivándose la libre prestación de servicios, el acceso a la propiedad y al uso de bienes inmuebles de dicha libertad de establecimiento (p. 24).

3. La libre circulación de capitales como límite a los derechos reales de los Estados miembros

3.1 Consideraciones generales sobre la libre circulación de capitales

La libertad con mayor capacidad para suponer un límite a la potestad legislativa de los Estados en relación a los Derechos reales nacionales sería la libre circulación de capitales, contenida entre los artículos 63 a 66 del TFUE.

El artículo 63 TFUE es el principal fundamento jurídico de la libre circulación de capitales. De conformidad con su párrafo primero se prohíben todas las restricciones de capital entre los Estados miembros y los Estados miembros y terceros países. El segundo párrafo del artículo 63 clarifica que las restricciones a los movimientos de capital incluyen, en particular, todas las restricciones de los pagos.

Las disposiciones del tratado relativas a la libre circulación de capitales se regularon en su versión original del Tratado de Roma en sus artículos 67 a 73, y se diferenciaban de la libertad de pagos que aparecía en el artículo 106 del Tratado y que preveía el derecho de los particulares y las entidades a que los Estados miembros

autorizasen los intercambios de mercancías, servicios y capitales en concepto de pago. Bajo esta formulación inicial las disposiciones del Tratado no contenían una prohibición categórica de la libre circulación de capitales como se desprende de la versión actual del art. 63 TFUE. En su lugar establecía una obligación dirigida a los Estados miembros a abolir progresivamente y durante un periodo transitorio que finalizó el 31 de diciembre de 1969 por el art. 8 del Tratado de Roma las restricciones a la circulación de capitales entre las personas residentes y cualquier tratamiento discriminatorio basado en la nacionalidad o el lugar de residencia⁴¹⁶.

Durante este periodo de transición la Comunidad adoptó una serie de directivas cuyo objetivo fue establecer las bases de futura libre circulación de capitales. En primer lugar la llamada Primera Directiva del Consejo para la aplicación del artículo 67 del Tratado de 1960⁴¹⁷, la cual eliminó las restricciones entre otros aspectos a las adquisiciones inmobiliarias (expresamente incluidas en su Anexo II, los créditos relativos a operaciones comerciales y las adquisiciones de títulos negociados en bolsa. Este texto fue reformado por la Segunda Directiva 63/21/CEE del 18 de diciembre de 1962 por la que se completa y modifica la primera Directiva para la aplicación del artículo 67 del Tratado. La Primera Directiva fue igualmente modificada por la Directiva de 17 de noviembre de 1986⁴¹⁸. En los inicios de la década de 1970 se adoptó la Directiva 72/156/CEE del Consejo, de 21 de marzo de 1970, para la regulación de los flujos financieros internacionales y la neutralización de sus efectos no deseables sobre la liquidez interna.

Este proceso legislativo desembocaría en la promulgación de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado⁴¹⁹, a día de hoy vigente y por el que se desarrolla la libre circulación de capitales. Como se desprende de la jurisprudencia (Sentencia del TJUE de 23 de febrero de 1995, asunto C-358/93, caso Bordessa, p. 35) esta Directiva tiene efecto directo, y por lo tanto pueden invocarse ante el órgano jurisdiccional nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones (como se verá más adelante).

Posteriormente el Tratado de Maastricht introdujo el art. 73b del Tratado de la Comunidad Europea correlativo con el actual art. 63 TFUE. Este precepto es el primero

⁴¹⁶ STEIBLYTÉ, A. Y TOMKIN, J., «Capital and payments», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 747.

⁴¹⁷ DOCE n° 43 de 12 de julio de 1960, p. 921. En su versión original dentro del apartado de inversiones inmobiliarias del Anexo II no incluyó la hipoteca. Se limitaba a reflejar la compra de propiedades construidas y no construidas y la construcción de edificios por personas privadas con fines de lucro o personales. Pero en su redacción original esta categoría no incluía los préstamos garantizados por hipoteca, sino tan solo los derechos de usufructo, las servidumbres de tierra y los derechos de superficie.

⁴¹⁸ En este caso la alusión a “inversiones inmobiliarias” ya eliminó el obstáculo a la hipoteca, reflejando que comprenderían la “concesión y reembolso de créditos relacionados con transacciones comerciales o con prestaciones de servicios en las que participe un residente”.

⁴¹⁹ DOCE L 178 de 8 de julio de 1988, pp. 5-18. Como sostiene la doctrina, esta directiva desarrolla el acervo comunitario en el ámbito de la libre circulación de capitales. Vid. KOTZUR, M., «Freedom of movement of capital and payments», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 398.

que establece una prohibición total de las restricciones de capital, en lugar de una prohibición general dirigida a los Estados como sucedió en la versión original del Tratado de Roma.

Respecto al ámbito de aplicación personal de la libre circulación de capitales, destaca el hecho de que los beneficiarios del derecho no se limitan a los ciudadanos o entidades de la Unión y el Espacio Económico Europeo, sino que también incluyen a los ciudadanos y entidades establecidos en terceros países (como aclara el art. 63-2 TFUE al referirse a “*entre Estados miembros y terceros países*”), a diferencia por ejemplo de la libertad de establecimiento. En cualquier caso, el derecho de acción por vulneración de esta libertad se someterá al criterio que se estudiará en el presente epígrafe, más adelante, en virtud del cual el movimiento de capital que se pretende proteger tiene que tratarse del definido en Derecho primario y no de una libertad accesoria de otra principal (como la libertad de establecimiento)⁴²⁰.

La asimilación de los capitales de terceros países no es pura, pues el propio Derecho primario establece excepciones⁴²¹ que en todo caso deben ser interpretadas restrictivamente dado el principio general de liberalización que se desprende del Derecho primario⁴²². Además, el propio TJUE ha aceptado que el alcance de esta libertad puede diferenciarse con respecto a terceros países. Esto puede apreciarse en supuestos como la Sentencia de la Gran Sala de 18 de diciembre de 2007, asunto C-101/05, caso A. En el mismo un accionista cuyo domicilio social se encontraba en Suiza proyectaba distribuir las acciones de las que era titular en una de sus filiales en Suecia, surgiendo dudas sobre si tal operación se encontraba exenta o no del impuesto sobre la renta sueco. A este efecto solicitó un dictamen a la Comisión de Derecho fiscal sueca para comprobar si dicha operación se encontraba exenta del impuesto sobre la renta, pues entendía aplicables las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de capitales. A juicio del

⁴²⁰ Esto implica que, por ejemplo, una sociedad ubicada en un tercer estado no puede invocar esta libertad por separado si otra resulta más específica (como se verá más abajo en relación a la libertad de establecimiento). Es el caso de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 3 de octubre de 2006, asunto C-452/04, caso *Fidium Finanz*. El litigio estribaba sobre el acceso de una sociedad suiza de prestación de crédito al mercado alemán. Por ser el objeto de esta empresa la concesión de créditos, se invocó la vulneración tanto de la libertad de establecimiento como de la libre circulación de capitales. En este caso el TJUE entendió que la libre prestación de servicios predomina sobre el de la libre circulación de capitales, y que en tal caso el verdadero problema se trataba en puridad de la obstaculización del acceso al mercado financiero alemán de las sociedades establecidas en Estados terceros (Suiza en concreto). Siendo el principal el derecho de establecimiento y el secundario en el caso referido, se entendió que la sociedad ubicada en un tercer Estado no podía invocar la libre circulación de capitales.

⁴²¹ Por ejemplo, el art. 64-1 TFUE establece que la libre circulación de capitales se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Además, el art. 66 restringe que cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos causen, o amenacen causar dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo podrá adoptar las medidas de salvaguardia necesarias respecto a terceros países, por un plazo que no sea superior a seis meses.

⁴²² HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La libre circulación de capitales», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 141-145.

accionista, la sociedad suiza debía entenderse análoga a la sociedad anónima sueca en virtud de la libre circulación de capitales y al cumplirse los requisitos de exención establecidos en la Ley sueca entendió procedente acogerse a una exención fiscal. La Comisión de Derecho fiscal discrepó, entendiendo que no cabía someterse a la exención del impuesto de la renta en tanto que no se imponía a Suiza la obligación de proporcionar a la administración tributaria sueca la información necesaria.

A juicio del TJUE no puede aplicarse íntegramente la libre circulación de capitales a los movimientos de capitales entre los Estados miembros y los países terceros, puesto que tales movimientos se inscriben en un contexto jurídico distinto (p. 60 de A). En el contexto de la Unión se tuvo en cuenta la existencia de un mecanismo para cooperar en materia de asistencia mutua entre los Estados miembro⁴²³ que por el contrario no existía en las relaciones con los terceros Estados. Y en el caso de A, si un Estado miembro supedita la concesión de una ventaja fiscal como la exención a requisitos que sólo pueden ser comprobados recabando información de las autoridades competentes de un país tercero, nada impediría que el Estado deniegue dicha ventaja si resultase imposible obtener dichas informaciones del país tercero (p. 63 de A). Bajo tales premisas podría admitirse una limitación de la libre circulación de capitales con países terceros.

La libre circulación de capitales ha sido invocada como base jurídica para la impugnación de diversos tipos de normas nacionales. Por un lado, se ha puesto de relieve que la normativa interna restringía la salida de capitales de un Estado miembro limitando o reduciendo la inversión en terceros Estados⁴²⁴; así como en la entrada de capitales en un Estado miembro (por ejemplo, restringiendo o limitando las posibilidades de inversión en el interior de los no residentes⁴²⁵).

⁴²³ Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.

⁴²⁴ Por ejemplo, la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 23 de febrero de 2006, asunto C-513/03, caso van Hilten-van der Heijden. En el mismo una señora, de nacionalidad neerlandesa, traslada su domicilio de Países Bajos a Suiza. Fallecida dejó en su haber hereditario bienes inmuebles entre otras naciones en Países Bajos, Bélgica y Suiza. Los herederos fueron llamados a tributar el impuesto de sucesiones en la administración tributaria de los Países Bajos en tanto que la normativa en materia de sucesiones sometía la tributación al impuesto desde la emigración del causante hasta pasados diez años (circunstancia que concurría). Los herederos se opusieron bajo la premisa de que la normativa nacional neerlandesa obstaculizaba la libre circulación de capitales o la hacía menos atractiva al limitar la salida de capitales. El TJUE interpretó el actual art. 63 TFUE (73 B del caso) en el sentido de que no se oponía a la sujeción de los diez años de la normativa neerlandesa del impuesto de sucesiones. La razón fue que dicha normativa no disuadía de realizar inversiones en un Estado miembro desde otro Estado, ni invertir en otro Estado desde el primer Estado miembro. Con independencia del lugar donde se encuentren los bienes afectados, se trataba de una normativa que tampoco podía disminuir el valor de la herencia (p. 46). Además, se interpretó que esta libertad no podía aplicarse al mero hecho del traslado de domicilio de un Estado a otro (p. 49).

⁴²⁵ La Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 26 de mayo de 2016, asunto C-48/15, caso NN (L), recoge el supuesto de una sociedad domiciliada en Luxemburgo que impugnó el impuesto belga de inversión colectiva por los importes distribuidos en dicho país, bajo la premisa de la contravención a la libre circulación de capitales. El TJUE entendió que el impuesto belga a los Organismos de Inversión colectiva no contravenía la libre circulación de capitales, en tanto que se aplicaba sin distinción a todos los OIC, con independencia de que estuviesen regidos por el Derecho belga o por uno extranjero (p. 46 de NN L). En cambio, en el mismo asunto sí que se apreció una oposición de la norma nacional a la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE, en tanto que prohibía a este tipo de sociedades que incumplieran la obligación de declaración y de pago del impuesto a distribuir participaciones en el futuro en tanto que iba

El ámbito de aplicación subjetiva de la libre circulación de capitales implica que puede oponerse tanto frente al sector público como a agentes privados (pues, como se ha visto al inicio del presente epígrafe, el artículo 63 tiene efecto directo horizontal). Incluso si la medida restrictiva de la libre circulación de capitales se adopta en el ámbito del Derecho privado, la restricción en sí podía imputarse al Estado. Un argumento sería que la restricción, si bien puede nacer en el ámbito del Derecho privado, ha sido posible gracias a un sector del ordenamiento de Derecho público⁴²⁶. Y, como se verá con motivo de la jurisprudencia analizada en relación al Derecho hipotecario, los sujetos de derecho privado pueden invocar la libre circulación de capitales en contenciosos contra otros particulares cuando se alegue que su posición o intereses se vieron perjudicados como resultado de una legislación nacional incompatible con el Tratado.

Respecto del ámbito de aplicación objetivo, el art. 63 del TFUE ni ninguna otra disposición definen el término “capital” a los efectos del Derecho de la Unión⁴²⁷. Si bien la primera idea que adquiriría el concepto de capital repercutiría en el movimiento de dinero, el TJUE lo ha interpretado en sentido amplio incluyendo los recursos no monetarios, como los recursos en especie. De este modo en el p. 27 de la Sentencia de la Gran Sala de 27 de enero de 2009, asunto C-318/07, caso Persche expresamente se ha hecho constancia de que, a los efectos de determinar la compatibilidad de un impuesto de sucesiones, el trato fiscal ofrecido a las donaciones en dinero o en especie se encuentran

más allá del objetivo de asegurar la recaudación al no limitar la duración de esa prohibición o sanción (p. 61 de NNL). Otro supuesto similar es la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 2 de junio de 2016, asunto C-252/14, caso Pensioenfonds Metaal en Techniek. En el mismo, un fondo de pensiones con domicilio social en los Países Bajos percibió dividendos de sociedades anónimas suecas. A dichos dividendos se les practicó una retención en origen del impuesto de rendimiento del capital sueco. El fondo de pensiones solicitó la devolución de la retención del impuesto, al entenderse incompatible con la libre circulación de capitales, en tanto que en Suecia los fondos de pensiones radicados en Suecia estaban exentos. El TJUE entendió que era necesario determinar la asimilación entre los fondos de pensiones de residentes y no residentes para someterlo eventualmente al régimen de la libre circulación de capitales, debiéndose estudiar si a la luz del objetivo perseguido por la legislación nacional sueca, así como por su objeto y su contenido, el fondo de pensiones no residente se encontraba o no en una situación comparable a la de un fondo de pensiones residente en Suecia. Por un lado, se entendió que la potestad fiscal de Suecia era limitada, en tanto que no podía gravar todos los activos de los fondos de no residentes (p. 58). A la luz del objetivo perseguido por la legislación sueca, así como el objeto y contenido de su legislación fiscal, se entendió que un fondo de pensiones no residente no se encuentra en una situación comparable a la de un fondo de pensiones residente (p. 63). En esta tesitura se concluyó que los fondos de pensiones beneficiarios no residentes podía oponerse a la libre circulación de capitales si no se tenían en cuenta los eventuales gastos profesionales vinculados directamente a la percepción de los dividendos (cuestión que competía comprobar a la jurisdicción interna).

⁴²⁶ Como el caso de la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 6 de diciembre de 2007, asuntos acumulados C-463/04 y C-464/04, caso Federconsumatori. En el mismo, el Ayuntamiento de Milán privatizó la empresa de distribución de electricidad AEM Spa, modificando los Estatutos de la sociedad para, a pesar de que la participación en el capital social se redujo al 33,4%, mantener el control del Consejo de Administración. De esta forma el TJUE interpretó que el art. 2449 del Código Civil italiano (relativo a las sociedades con participación del Estado o entes públicos) al permitir que el Ayuntamiento de Milán se asegure la posibilidad de participar en la actividad del consejo de administración con mayor peso del que le conferiría normalmente su condición de accionista (p. 28 de Federconsumatori) contravenía la libre circulación de capitales. Y el hecho de la medida que concedía tal facultad a los entes públicos se regulase en el Código Civil no lo sustraía del ámbito de aplicación del hoy art. 63 TFUE (p. 32). Además se puso de relieve la imposibilidad de un inversor no privilegiado de eliminar dicho derecho de nombramiento mientras que el Ayuntamiento conservase su porcentaje de capital social.

⁴²⁷ STEIBLYTÉ, A. Y OTROS, «Capital and payments», cit., p. 749.

comprendidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a los movimientos de capitales. La excepción para entender que un capital no se incluiría dentro del ámbito del art. 63 sería el elemento de la repercusión: los elementos constitutivos de las operaciones de que se trate no pueden encontrarse situados en el interior de un solo Estado miembro. Como se verá más abajo, en relación al concepto de movimiento de capital se establece un concepto comparado con el resto de libertades del mercado.

De esta forma, dada la amplitud que puede adquirir la libre circulación de capitales, el TJUE ha recurrido para interpretar el alcance de las disposiciones del Tratado en materia de capital a la Directiva 88/361/CEE, que establece un marco detallado para la abolición de las restricciones a los movimientos de capital. Este marco vendría de la mano del Anexo I de dicha Directiva, el cual establece una lista extensa (que no sería exhaustiva, sino indicativa como pone de relieve la doctrina⁴²⁸) donde se especifican los movimientos de capital, cuya libre circulación debe ser garantizada⁴²⁹. A partir de ahí el elenco jurisprudencial ha mostrado una tendencia amplia a incluir los distintos tipos de operaciones en el ámbito objetivo de la libre circulación de capitales⁴³⁰.

Como se ha visto en anteriores epígrafes, la libre circulación de capitales puede confundirse con otras libertades presentes en el Derecho primario. Es así que el ejercicio de la libre circulación de bienes, personas o servicios puede suponer adicionalmente el movimiento transfronterizo de capitales en el ejercicio de una actividad económica, implicando pagos transfronterizos. De este modo cabría preguntarse si las medidas que restringen, por ejemplo, el suministro de un bien, el establecimiento de una filial o la contratación de un servicio entre Estados miembros pueden dar lugar a una limitación consiguiente del movimiento transfronterizo de capitales. Es decir, si las restricciones a las diversas libertades fundamentales deben asumirse igualmente desde la perspectiva de la libre circulación de capitales. Con carácter general la postura del TJUE es que la

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 749.

⁴²⁹ A este criterio recurre el TJUE en el asunto C-222/97, caso Trummer y Mayer que posteriormente se analizará por la repercusión que tiene con el objeto de estudio (p. 24). O el p. 37 de la Sentencia de la Sala Sexta de 7 de febrero de 2002, asunto C-279/00, caso Comisión contra Italia, en relación a la obligación de constituir una fianza en una entidad de crédito que tenga su domicilio social o una sucursal en el territorio nacional.

⁴³⁰ El TJUE ha declarado que las disposiciones sobre la libre circulación de capitales del Tratado se aplican, entre otras aplicaciones, a las inversiones directas (por ejemplo, la tenencia de acciones Sentencia de la Sala Primera de 28 de septiembre de 2006, asuntos acumulados C-282/04 y C-283/04), la participación de fondos comunes de inversión extranjeros (Sentencia de la Sala Tercera de 7 de junio de 2012, asunto C-39/11, caso VBV - Vorsorgekasse AG), la inversión inmobiliaria (Sentencia de la Sala Quinta de 11 de enero de 2001, asunto C-464/98, caso Stefan), la operación en valores (como la compra de bonos, Sentencia de la Sala Primera de 27 de octubre de 2005, asunto C-329/03, caso Trapeza tis Ellados), la concesión de préstamos y créditos (Sentencia de la Gran Sala de 3 de octubre de 2006, asunto C-452/04, caso Fidium Finanz), las fianzas y otras garantías (Sentencia de la Sala Sexta de 7 de febrero de 2002, asunto C-279/00, caso Comisión contra Italia), los dividendos y demás rendimientos procedentes de la tenencia de acciones (Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, Verkooijen), las herencias (Sentencia de la Sala Quinta de 11 de diciembre de 2003, asunto C-364/01, caso Barbier), así como las condiciones que rigen la liquidación o la venta de activos (Sentencia de la Sala Primera de 17 de septiembre de 2009, asunto C-182/08, caso Glaxo Wellcome) pueden estar sujetos a las disposiciones del Derecho primario sobre la libre circulación de capitales.

restricción de una libertad principal no tiene por qué implicar una consiguiente limitación de la libre circulación de capitales⁴³¹.

De este modo, cuando una medida nacional afecte al ejercicio de una libertad concreta (como la libre circulación de mercancías, personas o servicios, o la libertad de establecimiento) la validez se determinará, por regla general, exclusivamente en función de la libertad principalmente afectada. Se establecería de este modo la necesidad de diferenciar cuál es la libertad principal conculcada y la accesoría que derivaría de la misma. Bajo esta concepción la libre circulación de capitales pasaría a ser una especie de apéndice de la libertad principal afectada. Muestra de ello es la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-200/98, caso X contra Y. En ella el TJUE se planteaba si una disposición nacional que reservaba la concesión de ventajas fiscales a un tipo de transferencias financieras en el ordenamiento jurídico sueco, pero se las denegaban a otras resultaban contrarios a las libertades de establecimiento y de libre circulación de capitales (p. 25 de X contra Y).

En definitiva, los movimientos de capital que se califican como pagos a cambio de una transacción en el ámbito de la libre circulación de mercancías o la libertad de prestación de servicios no están incluidos en la libre circulación de capitales, sino que estarían sujetas a las normas que se aplican al servicio principal o a la actividad principal respectivamente⁴³².

El TJUE asumió que la legislación sueca consagraba una diferencia de trato entre los diversos tipos de transferencia financiera interna de un grupo basándose en el criterio del domicilio de las filiales (p. 28 de X contra Y). Y que esta diferencia de trato resultaba contraria a las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento con carácter principal y especial. De este modo, determinó que no era necesario examinar si las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales se oponían a una legislación como la cuestionada (p. 30 de X contra Y)⁴³³.

En un sentido similar puede destacarse la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 8 de marzo de 2001, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, caso Metallgesellschaft. En un caso similar a X contra Y, el problema radicaba en que en Reino Unido no se exigía el impuesto sobre la renta a las sociedades matrices residentes en Alemania por los dividendos cobrados de sus filiales residentes en el Reino Unido, y se negaba el derecho a optar por la tributación en régimen de grupo a las filiales residentes en el Reino Unido de sociedades matrices residentes en otro Estado miembro (p. 73 de Metallgesellschaft). En tal tesitura el TJUE entendió que, puesto que la normativa fiscal británica se oponía a la libertad de establecimiento, no era necesario comprobar si las

⁴³¹ STEIBLYTÉ, A. Y OTROS, «Capital and payments», cit. p. 749.

⁴³² KOTZUR, M., «Freedom of movement of capital and payments», cit., p. 399.

⁴³³ De forma similar se pronuncia en relación a la contravención de las legislaciones nacionales a las acciones de oro de las empresas nacionalizadas referidas al hilo del art. 345 TFUE, en el p. 86 de la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2003, asunto C-463/00, Comisión contra España.

disposiciones relativas a la libre circulación de capitales se oponían de igual forma a tal normativa (p. 73).

Este criterio viene a modularse cuando la medida legislativa restrinja con carácter principal el movimiento de capitales de tal manera que la limitación de otras libertades sea accesorio y consecuente de la libre circulación de capitales. Ello sucedería en casos como el analizado caso SEGRO, C-52/16, en el que directamente se estaría modulando un derecho real concreto y específico.

Ahora bien, cabría igualmente la posibilidad de que la medida tenga aspectos diferentes susceptibles de afectar a distintas libertades en un grado similar o acumuladamente. En tal caso la jurisprudencia facultaría al TJUE a examinar todas las libertades afectadas por la medida. Es lo que sucede en la Sentencia de la Sala Sexta del TJUE de 7 de febrero de 2002, asunto C-279/00 caso Comisión contra Italia. En el mismo el TJUE concluye que, en tanto que la legislación italiana obligaba a constituir una fianza en una entidad de crédito que tuviese su domicilio social o una sucursal en el territorio nacional constituía una restricción a la libre circulación de capitales en tanto que la medida impide a la referida empresa presentar una fianza constituida en una entidad de crédito establecido en otro Estado miembro (p. 37), pero al mismo tiempo suponía una restricción a la libre prestación de servicios en tanto que reservaba únicamente a las entidades de crédito con domicilio social o una sucursal en Italia la constitución de las garantías necesarias para la obtención de la autorización administrativa para ejercer como empresa de trabajo temporal (p. 38).

Otro criterio supondría que, en tanto que el Derecho primario no define el concepto de movimiento de capital, se obliga al intérprete a llegar a un concepto negativo de libertad de capitales por la comparación con otras libertades del TFUE. De este modo el alcance de las disposiciones del TFUE en su art. 63 sobre el capital debe diferenciarse de las demás libertades fundamentales por el hecho de que no se refiere a la transferencia de dinero en el sentido de tratarse de una contraprestación o un intercambio por algún beneficio específico, bien o servicio, entre dos Estados miembro. Ello se determina en la Sentencia del TJUE de 31 de enero de 1984, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, caso Graziana. Los pagos corrientes se tratan de transferencias de divisas que constituyen una contraprestación en el marco de una transacción que subyace en la operación, y los movimientos de capitales serían operaciones financieras cuyo objeto sustancial sería la colocación o la inversión de la cantidad de que se trata, y no la remuneración de una prestación (p. 21 de Graziana). Por ello la transferencia material de billetes de banco no puede ser calificada, a juicio del TJUE, como movimiento de capital a los efectos del Derecho primario cuando la transferencia en cuestión corresponde a una obligación de pago derivada de una transacción en el campo de los intercambios de mercancías o de servicios (p. 22 de Graziana). De lo contrario el control sobre la medida restrictiva no

podría encuadrarse en la libre circulación de capitales, pudiendo subsumirse en otra libertad del Derecho primario en la que se pudiese acomodar mejor⁴³⁴.

El criterio de que se trate de objeto sustancial sería la colocación o la inversión de la cantidad puede llegar a ser confuso o no estar bien definido en determinados supuestos. De hecho, como se ha visto anteriormente, en muchas ocasiones el TJUE ha tenido que deslindar si la medida restrictiva nacional podía someterse a los criterios de la libre circulación de capitales o la libertad de establecimiento. Esto puede deberse, por ejemplo, cuando se trata de la adquisición de una participación en una empresa con sede en otro Estado miembro.

En este caso, es preciso atender al hecho de si la medida nacional concreta afecta a la capacidad de los operadores económicos de ejercer influencia en las decisiones de una empresa y de ayudar a determinar sus actividades. Como se ha visto en relación al asunto C-231/05, caso *Oy AA*, si la medida afecta a la colocación de una inversión, sin conferir derechos de gestión o control del inversor sobre la empresa, entonces podría considerarse que la medida afecta más directamente a la libre circulación de capitales. En cambio, si la medida afecta a las condiciones en las que un operador establecido en otro Estado Miembro puede adquirir una participación de control en una empresa, serán aplicables las disposiciones sobre la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE.

De este modo, de la jurisprudencia del TJUE se extrae que el examen de una medida nacional bajo la óptica de dos libertades del Tratado en las que una de ellas se trate de la libre circulación de capitales implicaría la necesidad de limitar el examen de la compatibilidad a la libertad que es primordialmente pertinente. Esto se sustentaría de conformidad con el art. 65-2 TFUE, en virtud del cual las disposiciones de la libre circulación de capitales no pueden utilizarse para eludir las restricciones permitidas al derecho de establecimiento, con lo que parece que el propio Derecho primario concede un conocimiento prioritario.

Como se ha visto en relación al asunto C-318/07, caso *Persche*, anteriormente aludido, para que una operación se encuentre sometida a los estándares de la libre circulación de capitales se requiere la operación tenga dimensión transfronteriza (que aplicado a la libre circulación de capitales implicaría que los elementos constitutivos deben situarse y repercutir entre dos Estados miembros de la Unión o entre uno y un tercero, como se ha matizado). De este modo, la libre circulación de capitales se aplica a los movimientos de capitales y pagos entre Estados miembros (incluidos los Estados del Espacio Económico Europeo, salvo la Confederación Suiza) no aplicándose las disposiciones del Derecho primario a situaciones puramente internas⁴³⁵.

La Sentencia de la Sala Quinta de 11 de diciembre de 2003, asunto C-364/01, caso *Barbier*, pone de relieve a modo ejemplificativo que constituye elemento transfronterizo la inversión inmobiliaria de una persona que transmite dichos bienes a una sociedad

⁴³⁴ En un sentido similar KOTZUR, M., «Freedom of movement of capital and payments», cit., p. 398.

⁴³⁵ En igual sentido STEIBLYTÉ, A. Y OTROS, «Capital and payments», cit., p. 752.

privada ubicada en otro Estado (aunque posea todas las acciones) sin que se exijan más elementos transfronterizos (pp. 58 y 59).

Esta dimensión transfronteriza de la libre circulación de capitales ha sido matizada en determinados supuestos jurídicos. Por ejemplo, en el caso de una sucesión de un residente en Alemania con créditos de capital frente a una institución financiera situada en España que fueron gravados por el impuesto de sucesiones tanto en Alemania como en España se ha entendido que no es una situación interna, sino transfronteriza a los efectos de la libre circulación de capitales (p. 21 de la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 12 de febrero de 2009, asunto C-67/08, caso Block).

En último lugar es preciso aludir a la posibilidad de que la libre circulación de capitales puede limitarse en algunas circunstancias, si bien el art. 63-2 TFUE establece que con carácter general las restricciones quedan prohibidas. La libre circulación de capitales no es absoluta en tanto que las medidas nacionales y de las instituciones de la Unión que restrinjan la libertad, incluso cuando sean directamente discriminatorias, pueden permitirse si están justificadas por motivos expresamente previstos en el Tratado (en los supuestos comprendidos entre los arts. 64 a 66 TFUE) y con diferentes fundamentos en tanto de si se trata de una transacción intracomunitaria o entre terceros estados⁴³⁶. En este sentido una de las características de la libre circulación de capitales es que, además de las medidas restrictivas expresamente previstas en el TFUE, pueden añadirse otras no enumeradas entre los arts. 64 a 66 TFUE justificadas por razones imperiosas que respondan al interés general y que pueden canalizarse a través de los regímenes de adquisición de la propiedad inmobiliaria⁴³⁷.

O incluso la propia protección de los propios consumidores y usuarios puede suponer un criterio restrictivo a la libre circulación de capitales, como se permite en la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 7 de junio de 2012, asunto C-39/11, caso VBV – Vorsorgekasse AG. En el mismo se analizaba la compatibilidad con la libre circulación de capitales de la normativa austriaca, que obligaba a que las cajas de previsión laboral sólo pudiesen invertir el patrimonio asignado a una sociedad de inversión en participaciones de fondos de inversión de capital que estén autorizados a ejercer la actividad en Austria. El TJUE interpretó (p. 35 de VBV) que esta normativa nacional austriaca no era desproporcional, en tanto que derivaba de la invocación de la protección

⁴³⁶ El TJUE en su Sentencia de la Gran Sala 18 de diciembre de 2007, asunto C-101/05, caso Skatteverket contra A ha reconocido que, si bien la supresión de las restricciones al capital entre los Estados miembros sirve a los objetivos del mercado interno, la ampliación de la libertad a terceros países no obstante persigue otros objetivos. Entre ellos estaría el mantenimiento de la credibilidad de la moneda única de la Unión en los mercados financieros mundiales y el mantenimiento de centros financieros de dimensión mundial dentro de los Estados miembros (p. 31 de Skatteverket contra A).

⁴³⁷ Como la Sentencia de la Sala Sexta de 5 de marzo de 2002, asuntos acumulados C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, caso Reisch, donde se analizaba el Derecho austriaco que limitaba la adquisición de la propiedad inmobiliaria a los efectos de prohibir el establecimiento de residencias secundarias en determinadas zonas, por razones imperiosas de ordenación del territorio y su adecuación de la libre circulación de capitales. El TJUE, en su p. 33 admitió que cabe admitir tales restricciones si las normas nacionales persiguen de una forma no discriminatoria un objetivo de interés general y si respetan el principio de proporcionalidad, es decir, si otras medidas menos coercitivas no permitirían llegar al mismo resultado.

de los beneficiarios de las prestaciones de una caja de previsión laboral en su condición de consumidores como razón imperiosa de interés general en el sentido de la jurisprudencia establecida en el TJUE⁴³⁸.

3.2 El Derecho hipotecario como posible restricción a la libre circulación de capitales

Como se ha analizado en el epígrafe anterior, el artículo 63 del TFUE establece una prohibición general de las restricciones a los movimientos de capital entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y terceros estados. Esta prohibición de restricciones se dirige a las normas discriminatorias que de forma directa o indirecta puedan ser restrictivas de la libre circulación de capitales. De este modo, como establece el TJUE en su Sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-478/98, caso Comisión contra Bélgica, toda medida que pueda disuadir o desalentar a los ciudadanos de obtener préstamos o realizar inversiones en otros Estados miembros constituye una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del art. 63 TFUE (p. 18 de Comisión contra Bélgica).

De hecho, la prohibición de las restricciones del art. 63 TFUE es suficientemente clara y determinada, de tal manera que no depende de las medidas nacionales para su aplicación directa como límite a las legislaciones nacionales⁴³⁹.

En esta línea la adopción de medidas nacionales que dificultan las transacciones transfronterizas, condicionándolas bien a una autorización previa o haciéndolas de cualquier otro modo menos atractivas o más costosas, puede considerarse una restricción del artículo 63 del TFUE⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Resultando aquí aplicable todo lo relativo a la consideración del Derecho de consumo como de orden público comunitario, vid. QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, cit., pp. 165 y ss.

⁴³⁹ KOTZUR, M., «Freedom of movement of capital and payments», cit., p. 398. Como sostiene este autor entre sus pp. 399 y 400, todo el ámbito de los movimientos de capital y pagos entre los Estados miembros, así como entre los Estados miembros y terceros países, estará libre de cualquier tipo de restricciones ateniendo al texto del art. 63, de tal manera que se aplica la “fórmula de Dassonville”, tal y como fue configurada originalmente por el TFUE en el asunto C-8/74 citado en otros epígrafes a pie de página en relación con la libre circulación de mercancías, que se aplicaría en consecuencia.

⁴⁴⁰ A modo de ejemplo, medidas nacionales que imponen prohibiciones a las inversiones transfronterizas, en las que se determinó que el Estado miembro demandado había infringido la legislación de la Unión al prohibir a los residentes que invirtiesen en el mercado de eurobonos (Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-478/98 caso Comisión contra Bélgica). O igualmente la normativa nacional

De este modo, la libre circulación de capitales puede llegar a constituir un importante criterio para la limitación de disposiciones legislativas nacionales en materia de Derechos reales, como ya se vio en anteriores epígrafes al hilo de los asuntos acumulados C-52/16 y C-13/16 (caso SEGRO) en relación al derecho de usufructo húngaro.

Como señala la aludida Sentencia de la Sala Quinta de 11 de diciembre de 2003, asunto C-364/01, caso Barbier, se entiende que se incluye dentro del concepto de restricción de la libre circulación de capitales las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se determina el valor de un bien inmueble a efectos de la fijación de la cuota tributaria en tanto que a juicio del Tribunal pueden llegar a disuadir de la compra de bienes inmuebles situados en el Estado miembro en cuestión así como la enajenación de la propiedad económica de dichos bienes a otra persona a manos de un residente en otro Estado miembro (p. 62).

En este contexto adquiriría especial fuerza la Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 1999, asunto C-222/97, caso Trummer contra Mayer, ya aludida en las consideraciones preliminares del presente trabajo y en el encabezado del presente capítulo. En este caso se contempla la posibilidad de que la libre circulación de capitales pudiese afectar al derecho de propiedad de un Estado miembro, dado que las normas nacionales limitaban la creación de hipotecas en moneda extranjera.

Para la compraventa y constitución de un derecho real de garantía (hipoteca) sobre un inmueble, el TJUE consideró que la norma nacional que exigía que la hipoteca se fijara en función de la moneda del Estado miembro de residencia podía disuadir la inversión transfronteriza. Como ahora se profundizará, se interpretó que la normativa registral era susceptible de debilitar el vínculo entre la deuda que debía garantizarse, pagadera en la moneda de otro Estado miembro, y la hipoteca. Así, por ejemplo, en el caso de una devaluación de la moneda del Estado miembro de residencia, el valor de la hipoteca podía caer muy por debajo del valor de los bienes que se pretendía garantizar. E, igualmente, se exponía a las partes a costos adicionales de conversión de moneda.

Como ya se ha visto, el punto controvertido de dicho caso estribaba en el hecho de que un residente en Alemania vendió a un residente austriaco, una cuota de la propiedad de un inmueble situado en Austria, por un importe expresado en marcos y no en chelines austriacos. Posteriormente, habiéndose solicitado la inscripción de la operación en el Registro de la Propiedad de la localidad austriaca se aceptó la inscripción por lo que se refiere al derecho de copropiedad, pero se denegó con relación a la hipoteca, debido a que el Derecho austriaco sólo permitía la inscripción de la garantía en moneda propia y no en moneda extranjera.

que limita la salida de capital, por ejemplo, imponiendo restricciones a la inversión fuera del Estado Miembro en cuestión, como la normativa polaca que limitaba el derecho de un fondo de pensiones a invertir en entidades fuera de Polonia (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, asunto C-271/09, caso Comisión contra Polonia).

El TJUE se plantea si la constitución de una hipoteca, con la finalidad de garantizar un crédito pagadero en la moneda de otro Estado miembro, está sometida a la libre circulación de bienes. En concreto, se entendió que en tanto el Tratado no definía los conceptos de movimientos de capitales y de pagos (p. 19 de Trummer contra Mayer) debía de acudirse al Anexo de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988, antes referido. Y en concreto al punto II del Anexo I de la Directiva 88/361, del que se desprendía que la liquidación de una inversión inmobiliaria constituía un movimiento de capitales (p. 22).

De este modo se tuvo en cuenta que la hipoteca es el medio clásico de garantizar un crédito vinculado a una venta inmobiliaria, siendo una operación prevista por el Anexo de la Directiva 88/361. Debido a este hecho, y a que la hipoteca es un derecho indisolublemente vinculado a un movimiento de capitales de liquidación de una inversión inmobiliaria (p. 24 de Trummer contra Mayer), se entendió que el Derecho de hipoteca se encontraba comprendido en el ámbito de aplicación del art. 73 B del Tratado CE (actual art. 63 TFUE). Y, por lo tanto, el Derecho registral austriaco, al impedir inscribir una hipoteca en la moneda de otro Estado miembro cometió una restricción a los movimientos de capitales en tanto que podía generar costes suplementarios para las partes contratantes al obligarlas a valorar el crédito en moneda nacional con el solo fin de la inscripción hipotecaria (p. 27 de Trummer contra Mayer).

Aun así, el TJUE, en el propio caso Trummer contra Mayer, reconoció que el régimen hipotecario se rige por la ley del Estado en el que está situada la propiedad hipotecada (p. 30). No obstante, los Estados miembros están facultados para adoptar las medidas necesarias para que el régimen hipotecario establezca con certeza y transparencia los respectivos derechos de los acreedores hipotecarios entre sí (en vista a la libre circulación de capitales). De este modo, correspondería a los diferentes Ordenamientos jurídicos de los Estados establecer los medios que permitan asegurar alcanzar dicho objetivo.

En consecuencia, la prohibición de las restricciones a la libre circulación de capitales no afecta al derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que el sistema hipotecario regule de forma clara y transparente los respectivos derechos de los hipotecarios entre ellos, así como el derecho de los deudores hipotecarios en su conjunto frente a los acreedores. Y puesto que el sistema hipotecario se rige por la ley del estado en el que se encuentra el bien hipotecado, será por tanto tal ley la que habrá de determinar los medios por los que se ha de garantizar el logro del objetivo del respeto a la libre circulación de capitales.

Esta línea de discusión volvió a manifestarse en la Sentencia de la Sala Quinta de 11 de enero de 2001, asunto C-464/98, caso Stefan, donde se aplica lo anteriormente expuesto a un proceso de ejecución de hipoteca.

El problema derivó de un préstamo concedido a una empresa por 20 millones de marcos alemanes, por medio de la cual se gravaban dos bienes situados en Viena y pertenecientes a la sociedad deudora. Ante la declaración de quiebra de la empresa

deudora, se inició por la entidad bancaria un procedimiento para la enajenación de las fincas hipotecadas. En el contexto de la ejecución judicial de las hipotecas el administrador concursal (comisario de la quiebra) intentó alegar que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca expresada en moneda extranjera resultaba contraria a Derecho. En la contestación a la oposición la entidad bancaria alegó que la hipoteca era válida de conformidad a la libre circulación de capitales, derivándose de lo anterior el planteamiento de la cuestión prejudicial.

El TJUE entendió aplicable la doctrina emanada de *Trummer contra Mayer*, interpretando que la libre circulación de capitales se oponía a una legislación nacional que obligaba a inscribir en moneda nacional una hipoteca destinada a garantizar un crédito pagadero en la moneda nacional de otro Estado miembro (p. 19 de Stefan). No obstante, dadas las especiales circunstancias del caso, se entendió que el precepto relativo a la libre circulación de capitales no se aplicaba a la operación derivada de la cuestión prejudicial en cuestión en tanto que el art. 73 B del Tratado de la Comunidad Europea no se aplicaba en Austria antes de la fecha de su adhesión a la Unión Europea (p. 22 de Stefan). Y, por lo tanto, la inserción en el sistema jurídico comunitario por parte de Austria no podía regularizar una inscripción hipotecaria nula absolutamente e insubsanable en base a los criterios del sistema jurídico interno austriaco (p. 25 de Stefan).

Del caso Stefan se extrae una idea bastante interesante: los criterios de nulidad de una hipoteca conforme a los criterios de nulidad de un Estado miembro son autónomos respecto de la contraposición de esa nulidad al Derecho de la Unión y sus repercusiones procesales. No obstante, si la nulidad afecta a alguna de las competencias cedidas a la Unión (como ocurriría en el caso de la libre circulación de capitales) no cabría duda sobre la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión.

Aunque la problemática derivada del caso *Trummer contra Mayer* resulta más difícilmente aplicable, en tanto que una gran parte de Estados de la Unión pertenecen a la zona del euro, no cabe duda de que la libre circulación de capitales se erige como un claro criterio corrector de los Ordenamientos civiles y procesales nacionales (si bien el p. 30 de *Trummer contra Mayer* reconoce tal autonomía a los Estados) y que resultará aplicable cuando se dificulte el perfeccionamiento o ejecución de una operación transfronteriza (en defecto de otra libertad más específica, como la libertad de establecimiento).

3.3 La libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios: especial referencia a la liberalización de los servicios bancarios vinculados a los movimientos de capitales

Al haber tratado las libertades de establecimiento y de circulación de capitales como límites a la legislación interna en materia de Derechos reales, resulta de igual modo necesario, al hilo de la última, hacer una referencia a la libre prestación de servicios, en especial en lo que se refiere a la liberalización de los servicios bancarios vinculados a los movimientos de capitales.

Como ya se hizo alusión en anteriores epígrafes, al hilo de la Sentencia Factortame, la diferencia entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento implicaría la instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada.

Esta libertad podría constituir otro de los límites adicionales a los Derechos reales nacionales. En relación a la materia objeto del presente estudio, el Parlamento Europeo en su informe de 19 de octubre de 2006 sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea (2006/2102(INI)) pidió a la Comisión que investigase los obstáculos que dificultan el ejercicio de los derechos de los prestamistas a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento en otros Estados miembros, y el examen de si se estaba utilizando la cláusula de “interés general” para desalentar la actividad transfronteriza (p. 18 del Informe)⁴⁴¹.

En sentido similar, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores, alude a la libre prestación de servicios en diferentes considerandos, como el 33 (en relación a los requisitos mínimos de conocimientos y competencia aplicables al personal), el 65 (en relación a la evaluación de la idoneidad de un determinado producto) o como garantía para la prestación del servicio (p. 72). La libre prestación de servicios para los intermediarios de crédito se garantiza con carácter general en el art. 32 de dicha Directiva (junto con la libertad de establecimiento) para los que se propongan ejercer su actividad por vez primera en uno o más Estados.

De esta forma se hace necesario precisar el alcance general de la libre prestación de servicios, que con carácter general se regula en el art. 56 TFUE con el siguiente tenor: *“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”*.

De conformidad con el art. 56, se prohíben las medidas nacionales que restrinjan a los ciudadanos de la Unión el desplazamiento desde su estado de establecimiento para

⁴⁴¹ Vid. <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0370+0+DOC+XML+V0//ES>, visto en web el 2 de junio de 2020.

prestar servicios en otro Estado miembro⁴⁴², tratándose igualmente de un precepto de efecto directo⁴⁴³.

Esta libertad se vertebró en la legislación secundaria en la ya mencionada Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Si bien la redacción concreta del artículo se refiere a la prestación de servicios, el TJUE ha aclarado que la libertad implica también el derecho a recibir servicios, por lo que las eventuales restricciones de los Estados también implicar el hecho de dificultar la salida de un Estado miembro de residencia para obtener esos servicios en otro Estado miembro. Como establece en su Sentencia de 31 de enero de 1984, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, caso *Luisi*, a fin de hacer posible la ejecución de la prestación de servicios, puede haber desplazamiento, bien del prestador al Estado miembro donde está establecido el destinatario, o bien del destinatario al Estado de establecimiento del prestador; y aunque el primer supuesto está expresamente mencionado la libertad de recibirlos constituiría su complemento necesario que responde al objetivo de liberalizar toda actividad remunerada no comprendida en la libre circulación de mercancías, personas y capitales (p. 10 de *Luisi*). O incluso podría considerarse restricción el mero hecho de impedir el acceso al territorio de un Estado miembro para disfrutar de la condición de prestatario o destinatario de servicios (p. 13 de la Sentencia de 9 de agosto de 1994, asunto C-43/93, caso *Vander Elst*).

Respecto al ámbito de aplicación personal, se aplica en primer lugar a los nacionales de los Estados miembros de la Unión. Por remisión del art. 62 al 54 TFUE igualmente se extendería a sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encontrase en un Estado miembro⁴⁴⁴.

No obstante, la libre prestación de servicios tiene un ámbito de aplicación subjetivo más restrictivo que la libertad de establecimiento. El art. 56 TFUE no puede ser

⁴⁴² TOMKIN, J., «Freedom to provide services», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 707.

⁴⁴³ Como recuerda el TJUE en su Sentencia de 3 de diciembre de 1974, asunto 33/74, caso *van Binsbergen*, la libre prestación de servicios supone una obligación de resultado preciso, cuya ejecución por los Estados miembros no puede demorarse o ponerse en peligro por falta de disposiciones que deberían haberse dictado en el marco de las competencias (p. 26). Y por lo tanto tienen efecto directo y puede ser alegados ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el caso de que la medida legislativa nacional si no se establece la supresión de todas las discriminaciones al prestador de servicios por razón de su nacionalidad o de la circunstancia de que resida en un Estado miembro distinto de aquél donde debe realizarse la prestación. Igualmente KOTZUR, M., «Freedom to provide services», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 381, que a la luz de la Sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 1981, asunto 279/80, caso *Webb*, lo clasifica como un principio fundamental del Tratado (p. 17) y que como resalta la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 1994, asunto C-379/92, caso *Peralta*, mutó del principio de no discriminación a una prohibición de las restricciones sobre dicha libertad (al igual que la libertad de establecimiento).

⁴⁴⁴ TOMKIN, J., «Freedom to provide services», cit., p. 707, y KOTZUR, M., «Freedom to provide services», cit., p. 381.

invocado directamente por los nacionales de terceros países que son residentes o residentes permanentes en la Unión de conformidad a la Directiva 2004/38. Tampoco podrían invocar esta disposición las sociedades de terceros países que se limiten a tener una sucursal o agencia en un Estado miembro (pero que no estén establecidas en la Unión de conformidad a lo establecido en el art. 54 TFUE, así como la delimitación del art. 4-3 de la Directiva 2006/123 sobre servicios en el mercado interior).

El recurso directo al artículo 56 del TFUE se limita a los ciudadanos y entidades de la Unión antes referidas. No obstante, el artículo 56-2 autoriza al legislador de la Unión a ampliar las disposiciones del capítulo a los nacionales de terceros países que ya están establecidos en un Estado miembro. En este contexto, la Directiva 2006/123 dispone expresamente que el concepto de “destinatarios de servicios” establecido en esa directiva abarca a los nacionales de terceros países que se benefician de derechos en virtud de instrumentos de la Unión (art. 4-3 de la Directiva) que sería aplicable a la legislación de la Unión que coordina la seguridad social (Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004) y la Directiva 2004/38 antes mencionada relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁴⁴⁵.

La prohibición de restricciones que establece el artículo 56 del TFUE puede invocarse tanto contra el Estado miembro en el que está establecido un proveedor de servicios como contra el Estado miembro en el que se va a prestar el servicio. Así, por ejemplo, el Tribunal ha sostenido que las medidas nacionales que disuaden a un prestador de servicios de abandonar su Estado miembro para prestar servicios en otro Estado están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 56. Ello se desprende, por ejemplo, de la Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 1995, asunto C-384/93, caso *Alpine Investments BV*. En el mismo, cuyo servicio debatido era la oferta de servicios relacionados con la inversión en contratos de futuros sobre mercancías, señaló que las restricciones podían ser establecidas por el Estado de acogida o también por el Estado de origen, pudiendo ser invocado por la empresa con respecto al Estado en el que esté establecida siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro (p. 30 de *Alpine Investments*).

Respecto al ámbito de aplicación, la esencia de la libertad de servicios se refiere a la prestación o recepción de un servicio en otro Estado miembro. Por lo tanto, y como en todas las libertades anteriormente analizadas se aplica, por definición, a situaciones que tienen alguna dimensión transfronteriza⁴⁴⁶. Como advierte la jurisprudencia el artículo 56 del TFUE no puede invocarse en relación con actividades cuyos elementos relevantes se circunscriben a un solo Estado miembro (p. 12 de la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-245/09, caso *Omalet*).

Como pone de relieve la doctrina, aun admitiéndose el requisito del carácter transfronterizo el TJUE ha ido admitiendo un enfoque expansivo para determinar la

⁴⁴⁵ TOMKIN, J., «Freedom to provide services», cit., p. 707.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 710 y KOTZUR, M., «Freedom to provide services», cit., p. 380.

existencia de una dimensión transfronteriza. Por ejemplo, se ha llegado a interpretar la libre prestación de servicios a la luz del derecho al respeto a la vida familiar del art. 8 del CEDH, en lo que se ha venido en calificar un enfoque expansivo de la libre prestación de servicios⁴⁴⁷.

Esta aplicación expansiva se ha manifestado en diversas cuestiones. Por ejemplo, se han entendido incluidos en el art. 56 TFUE los servicios que un prestador realiza sin desplazarse del Estado miembro en el que está establecido para destinatarios establecidos en otro Estado miembro (como refleja el caso *Alpine Investments BV*, C-384/93 antes citado, pp. 21 y 22) sin que sea necesario cruzar la frontera en persona (bastando que el prestador y destinatario del servicio se encuentren en Estados distintos). O en determinadas medidas administrativas en las que se beneficiaba principalmente a los operadores nacionales, lo que ha motivado la aplicación del art. 56 a situaciones sin dimensión transfronteriza aparente (como la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-357/06, caso *Frigerio Luigi*, en la que se entendió en el marco de una contratación pública la imposibilidad de excluir a los candidatos o licitadores facultados con arreglo a la legislación del Estado miembro de que se trate, para prestar un servicio en cuestión por el mero hecho de que la forma jurídica de éstos no se corresponda a una categoría específica de personas jurídicas, p. 21)⁴⁴⁸.

El ámbito material de la libre prestación de servicios está caracterizado por su amplitud. En este caso el término servicio abarcaría todas las actividades incluidas en el art. 57 TFUE (actividades de carácter industria, de carácter mercantil, artesanales y las propias de las profesiones liberales). El factor decisivo que marca una actividad dentro de la idea de servicios del ámbito del TFUE es su carácter económico, sin que la actividad pueda ejercerse sin contrapartida o a cambio de nada (p. 32 de la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-281/06, caso *Jundt*). Además, el hecho de que el prestador persiga un beneficio no constituye un requisito adicional para

⁴⁴⁷ TOMKIN, J., «Freedom to provide services», cit., p. 710. El referido autor pone como ejemplo la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00, caso *Mary Carpenter*, cuyo caso resulta muy llamativo por la conexión que hace el TJUE entre dos fundamentos jurídicos totalmente distanciados. En este caso una Sra. de nacionalidad filipina accedió a Reino Unido en calidad de visitante y contrajo matrimonio con un nacional británico. Ante la iniciación de un procedimiento de expulsión de la nacional filipina, se planteó cuestión prejudicial. El TJUE tomó en consideración el hecho de que el esposo nacional británico de esta nacional filipina era la prestación de servicios a anunciantes establecidos en otros Estados miembros para invocar la libre prestación de servicios (p. 29 de *Carpenter*). Y la separación de los esposos causaría un daño a su vida familiar, que se conectó a las condiciones de ejercicio de una libertad fundamental por el esposo nacional británico, y la libre prestación de servicios no podría producir un efecto pleno ante los obstáculos puestos en el país de origen a la entrada y residencia del cónyuge del titular de la libertad (p. 39).

⁴⁴⁸ Y al igual que como se comentó al hilo de la libertad de establecimiento, el TJUE ha reconocido que igualmente tiene competencia para interpretar disposiciones sobre servicios en situaciones puramente internas en las que los Estados miembros han optado por hacer extensivos a sus propios ciudadanos los mismos derechos que el derecho de la Unión confiere a los nacionales de otros Estados miembros, o en las que las disposiciones del derecho de la Unión Europea se mencionan en el derecho nacional y requieren interpretación a efectos de determinar las normas aplicables a una situación puramente interna en ese Estado. Vid. Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 1990, asunto C-297/88, caso *Dzodzi*, p. 36.

que una prestación pueda constituir una actividad económica a efectos del TFUE (p. 50 de la Sentencia del de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, caso Smits y Peerbooms).

Los servicios bancarios disponen de un régimen propio de libre prestación de servicios asociada a la libre circulación de capitales. De este modo el art. 58-2 TFUE establece que “*La liberalización de los servicios bancarios y de seguros vinculados a los movimientos de capitales se realizará en armonía con la liberalización de la circulación de capitales*”.

De conformidad con el artículo 58-2, la liberalización de los servicios bancarios y de seguros relacionados con la libre circulación de capitales se establecerá paralelamente a la liberalización de la libre circulación de capitales.

Esos servicios bancarios, de conformidad a la jurisprudencia del TJUE pueden incluir la provisión de cuentas de ahorro transfronterizas (como se permite en la Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1988, asunto C-267/86, caso Van Eycke) y la oferta de hipotecas a personas establecidas en otro Estado Miembro o de terrenos ubicados en otros Estados miembros, como se ha analizado en epígrafe anterior.

El artículo 58-2 del TFUE se configura como una medida de coordinación basada en el vínculo subyacente entre la prestación de servicios bancarios y la libre circulación de capitales. Debido al desfase provocado por la entrada en vigor diferenciada en el Tratado de la Comunidad Económica Europea para la realización del mercado interior (art. 8 del Tratado de Roma) de servicios, por una parte, y la libre circulación de capitales por otra (cuyo periodo transitorio, como se ha hecho referencia, finalizó el 31 de diciembre de 1969), este precepto tenía por objeto garantizar que cuando el objeto de determinados servicios estuviera intrínsecamente vinculada a la circulación transfronteriza de capitales, su liberalización estuviese vinculada a la liberalización de la libre circulación de capitales. Por esta razón, como sostiene la doctrina, la importancia práctica del artículo 58 del TFUE ha disminuido a medida que ha ido avanzando la liberalización de la libre circulación de capitales⁴⁴⁹.

Pero, en cualquier caso, la coordinación entre la liberalización de los servicios financieros y la libre circulación de capitales afectaría a la invocación de una medida nacional en la que se puede invocar el artículo 56 del TFUE analizado en oposición a las medidas nacionales de reglamentación de los servicios financieros. No se puede invocar el artículo 56 en oposición a las medidas nacionales que restringen los servicios bancarios o de seguros intrínsecamente vinculados a las corrientes de capital en las áreas en que la libre circulación de capitales aún no se ha liberalizado.

Es el supuesto que se recoge en el asunto C-267/86, caso Van Eycke, arriba citado, en el que la constitución de depósitos de ahorro formaba parte de la categoría de movimientos de capitales denominado “apertura e ingresos en cuentas corrientes y depósitos, repatriación o utilización de los haberes en cuentas corrientes o de depósito en

⁴⁴⁹ TOMKIN, J., «Freedom to provide services», cit., p. 733.

entidades de crédito”. Esta operación, incluida en la lista D del Anexo de la Primera Directiva sobre libre circulación de capitales no se encontraba liberalizado a fecha del procedimiento (1986, siendo la vigente directiva de 1988).

Por ello, al establecer el Tratado una armonía en el artículo 58-2 entre los arts. 56 y 63, este precepto impediría recurrir a la libre prestación de servicios del art. 56 del TFUE como medio de eludir las restricciones permitidas en virtud de las disposiciones del Tratado sobre la circulación de capitales (a día de hoy de reducido alcance práctico por la plena vigencia de la libre circulación de capitales en el TFUE y la legislación que la desarrolla).

Y respecto a su aplicación conjunta, la doctrina entiende que en cuanto a los servicios en el ámbito de los bancos o los seguros relacionados con la circulación de capitales se aplican las disposiciones de la libre circulación de capitales. Pero si excepcionalmente, falta una conexión con el movimiento de capital, se aplicarían los arts. 56 y siguientes del TFUE⁴⁵⁰.

En cualquier caso, el art. 58-2 ofrece un criterio interpretativo claro: las actividades que se presten amparadas en la libre prestación de servicios cuyo objeto sea la prestación de un servicio bancario (que pueda afectar en mayor o medida a los derechos reales internos) habrá de atenderse igualmente a las disposiciones que establecen la libre circulación de capitales.

El TFUE no contiene una definición detallada de los servicios relacionados con el movimiento de capitales. El citado párrafo 2 tendría que combinarse con el Derecho secundario como la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión que se aplicaría a la libre prestación de servicios financieros en el ámbito de las entidades de crédito⁴⁵¹. Estas empresas estarían definidas en el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Para el acceso a la actividad de las empresas de inversión se aplicaría la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como Directiva MIFID II)⁴⁵².

⁴⁵⁰ KOTZUR, M., «Freedom to provide services», cit., p. 391.

⁴⁵¹ En el que desempeñaría un importante papel en su ejecución la Autoridad Europea de Supervisión, establecida en virtud del Reglamento n° 1095/2010 de 24 de noviembre de 2010. Vid. MOLONEY, N., «The European Securities and Markets Authority and Institutional Design for the EU Financial Market –A Tale of Two Competences: Part (1) Rule-Making», *European Business Organization Law Review*, vol. 12, 2011, pp. 41 y ss. Como señala la doctrina los beneficios de una eventual concentración bancaria transfronteriza auspiciada por el Derecho de la Unión conllevaría beneficios a medio plazo, y en concreto mediante economías de escala y la reducción de las redes de negocio, lo que abarataría los costes de los servicios financieros. Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. Y TORRES CASERO, J. A., «¿Concentraciones bancarias transfronterizas en la Unión Europea?», *Estrategia Financiera*, vol. 350, 2017, p. 46.

⁴⁵² Para entender el enfoque de la regulación financiera a través del Derecho de la Unión Europea es preciso tener en cuenta los niveles establecidos en el Informe final del Comité de Sabios en la regularización del

4. Consideraciones comunes a la repercusión de las libertades del mercado en los Derechos reales nacionales

Como se ha analizado, en determinados supuestos las libertades del mercado se han interpretado, en mayor o menor grado, como restricciones a las libertades de establecimiento y libre circulación de capitales.

La doctrina (GÓMEZ GÁLLIGO) admite que la instauración de una regulación hipotecaria en el plano europeo facilitaría tanto la libre circulación de capitales como la libertad de establecimiento. Beneficiaría tanto al acreedor hipotecario por la apertura del mercado como al deudor hipotecario, al establecerse un modelo contractual uniforme que facilitaría al consumidor el conocimiento del régimen jurídico del contrato y la eficacia de los derechos en el reconocidos, facilitándose la comparación entre ofertas⁴⁵³.

Como señalan BRIGHT y BRIGHT, la regulación de los bienes inmuebles es intrínsecamente diferente del resto los bienes respecto al establecimiento del objeto de un derecho de propiedad europeo. La razón para los autores sería la tierra es inamovible y no es algo que por sí misma requiera medidas de apertura del mercado interior para permitir el comercio transfronterizo. Los agentes del mercado deben trasladarse necesariamente al lugar en el que esté sito el inmueble⁴⁵⁴, por lo que la aproximación desde el Derecho de la Unión debe ser desde una perspectiva muy específica.

Por ello, las necesidades que tendrían los derechos de naturaleza inmobiliaria con las libertades del mercado se circunscribirían a la necesidad de abrir los mercados de capital para permitir que los medios de pago de una compra lleguen al país en el que se va a pagar el precio (satisfaciéndose la libre circulación de capitales), o para adoptar medidas que garanticen que el mercado no sea discriminatorio y eliminar las restricciones

mercado de valores europeos de 15 de febrero de 2001, presidido por Alexandre LAMFALUSSY, estableciéndose diferentes niveles tendentes a la flexibilidad en la toma de decisiones.

⁴⁵³ GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La unificación de la normativa sobre préstamos hipotecarios en la Unión Europea», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho registral*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, p. 126.

⁴⁵⁴ BRIGHT, C. Y BRIGHT, S., «Europe, the Nation State and Land», en BRIGHT, S. y DEWAR, J. (coords.) *Land Law. Themes and Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 356 y ss.

innecesarias a la compra, o que las condiciones del contrato no puedan perjudicar a los consumidores⁴⁵⁵.

No obstante, puede enunciarse un requisito elemental para la aplicación de los preceptos relativos a las libertades, cual es la dimensión transfronteriza de la operación o negocio en el que el Derecho nacional pueda constituir una barrera a dicha libertad.

Esta dimensión transfronteriza, como se ha analizado a lo largo del presente trabajo, ha implicado la necesidad de que intervengan nacionales o patrimonio de al menos dos Estados miembros de la Unión, sin que el asunto pueda resumirse en una cuestión puramente interna.

Es cierto que en muchos supuestos el TJUE ha interpretado, en determinados casos, que la dimensión transfronteriza es un concepto más abierto de lo que el intérprete jurídico podría apreciar a simple vista, aplicándolo en situaciones de las que podría razonarse *a priori* que son internos⁴⁵⁶. Esto se debe a que el Tribunal ha desentrañado que la restricción, aun siendo interna y aplicándose a nacionales de dicho Estado, podría impedir el eventual o pretendido ejercicio de dicha libertad con nacionales de terceros Estados.

Pero, en todo caso, resulta insalvable el hecho de que la operación a la que resulta aplicable del Derecho interno debe ser susceptible de proyectarse a varios Estados miembros, de forma directa o indirecta.

Por ello, a la hora de valorar la repercusión de las libertades del mercado a los Derechos reales internos ha de tenerse en cuenta que la dimensión transfronteriza va a ser un requisito insalvable y que condicionará la propia acción legislativa.

Se hace necesario, de este modo, el estudio de otra base jurídica que permita una eventual armonización de los Derechos reales internos para su aplicación a problemáticas que no supongan *per se* una dimensión transfronteriza, como ya se estudió en relación al Derecho procesal. Aquí ocupará una especial relevancia la armonización de disposiciones en materia de consumo, cuyo estudio se hace preciso.

SECCIÓN SEGUNDA. LA COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

⁴⁵⁵ SPARKES, P., *European Land Law*, cit., pp. 18-19.

⁴⁵⁶ Los asuntos acumulados C-340/14 y C-341/14 o C-448/98 para la libertad de establecimiento, o C-67/08, para la libre circulación de capitales, ya comentados más arriba.

El art. 169-1 del TFUE establece que “*para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses*”.

Como apunta la doctrina⁴⁵⁷, el interés jurídico de la protección europea de los consumidores empieza a fraguarse desde la Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1979, asunto C-120/78, caso Rewe o Cassis antes referido. En virtud de la misma, todo producto que se comercialice legalmente en un Estado miembro también debe permitirse en los mercados de los demás Estados miembros en virtud de la libre circulación de mercancías, siempre que dicha comercialización no esté en contradicción con las exigencias obligatorias de interés público, en particular la defensa de los intereses y protección de los consumidores (p. 8).

El concepto de consumidor no aparece en ninguna disposición del TFUE o el Derecho primario de forma explícita. Atendiendo a la disposición de Derecho secundario respectiva, el término “consumidor” puede ser interpretado en un sentido más amplio o más estricto⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ KOTZUR, M., «Consumer protection», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, p. 682.

⁴⁵⁸ Por ejemplo, el concepto de viajero del art. 3-6 de la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados, que lo conceptúa como toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de la Directiva. O de consumidor del art. 2 de la Directiva 93/13, como toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Este es similar al del art. 2-1 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores, en virtud de la cual toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión; o del art. 3-a la Directiva 2008/48 sobre contratos de crédito al consumo cual es la persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. Como señala la doctrina, las definiciones son escuetas y precisan de grandes dosis interpretativas por los órganos jurisdiccionales nacionales en aspectos como la delimitación con las personas jurídicas o el requisito de la falta de ánimo de lucro en las actuaciones del consumidor, las relaciones jurídicas entre particulares que actúan a través de representantes profesionales (como abogados) o la cuestión de la carga de la prueba de la condición de consumidor, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 3, 1, 2011, p. 117. Esta conceptualización de la condición de consumidores tiene importantes repercusiones en el acceso a la tutela judicial efectiva (sobre todo para la aplicación de todos los beneficios procesales que concede el Derecho de la Unión al consumidor), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Directiva 93/13/CEE. Primacía del derecho europeo. Tutela judicial efectiva. Comentario a la STC (Sala Primera) 75/2017 de 19 de junio de 2017», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, vol. 105, 2017, pp. 563 y ss., FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 33 y ss.

Desde el punto de vista legislativo el precedente del art. 169 fue introducido por el Tratado de Maastricht (art. 129-A) y constituyó la primera habilitación directa (en tanto que ha de tenerse en cuenta la aproximación de las legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado común) para la acción de la UE en materia de protección del consumidor. Posteriormente el Tratado de Ámsterdam modificó el texto de la disposición para incluir un párrafo en el que se afirmaba que “Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores” (pasando al art. 153 del Tratado). El Tratado de Lisboa suprimió este párrafo y lo ubicó en una disposición separada y autónoma, el actual art. 12 TFUE, en cuya virtud “Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores”. Otra de las modificaciones introducidas con el Tratado de Lisboa fue el establecimiento de la protección del consumidor como una competencia concurrente con los Estados en el art. 4 TFUE, lo que fortalecería en suma la fijación del *corpus* de Derecho europeo de consumo⁴⁵⁹.

Desde la Decisión nº 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores, la Unión se comprometió conseguir un alto nivel de protección de los consumidores para igualmente contribuir a fomentar la cohesión económica y social en la Unión y fortalecer la confianza del consumidor para el buen funcionamiento del mercado interior. Desde entonces la legislación secundaria se ha preocupado y orientado en dos áreas principales: a) las esferas de la seguridad y la protección de la salud, la seguridad de los productos, los intereses económicos mediante la prohibición de ciertos tipos de publicidad de productos⁴⁶⁰; b) la configuración de un catálogo de derechos del consumidor entre los que se incluyen, a modo de ejemplo, la información, la protección frente a prácticas profesionales abusivas y la organización para la salvaguardia de sus intereses⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ CERIONI, M., *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 41-43.

⁴⁶⁰ Como la Directiva 2001/95/CE relativa a la seguridad general de los productos; la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; o la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, entre otros. Y cabría igualmente incluirse el Reglamento nº 261/2004, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque por su indudable impacto en la esfera del consumidor, si bien se encuentra armonizado bajo el art. 80 del Tratado CE en su versión de Niza, actual art. 100 TFUE, en materia de transportes.

⁴⁶¹ Entre otros vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores; la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia

La llamada cláusula de integración del artículo 12 del TFUE aborda la cuestión crucial de que la protección de los consumidores no está limitada por la base del artículo 169 del TFUE, sino que también puede verse afectada y conseguida, en el contexto de otras disposiciones del Tratado y de las políticas de la UE. Esto también explica cómo la Unión, ya antes de la inserción en el Tratado de Maastricht de una competencia legislativa directa sobre la protección del consumidor, desarrolló una participación significativa en este ámbito. De hecho, el propio art. 169 del TFUE, en su párrafo 2-a, reconoce la fuente más importante de esa acción indirecta en materia de protección del consumidor, como son “medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior”⁴⁶², base jurídica ya analizada en epígrafes anteriores. Esta cláusula establece la llamada política horizontal en materia de consumo⁴⁶³: la exigencia de la protección de los consumidores debe tenerse siempre en cuenta al definir y aplicar todas las demás políticas y actividades de la Unión, en lugar de las normas sectoriales dictadas en este campo. Esto significa que las exigencias de la protección del consumidor deben ser consideradas cuando se trate de cualquier medida concreta en los demás ámbitos políticos, aunque no existe una norma general que establezca que la protección del consumidor deba prevalecer⁴⁶⁴ (más allá de la consideración como categoría de orden público comunitario del Derecho europeo de consumo por el TJUE y sus efectos consiguientes⁴⁶⁵).

De este modo, el propio art. 169 TFUE admite el reconocimiento de esa acción indirecta en materia de protección del consumidor en el contexto del mercado interior y la considera de manera explícita como parte integrante de las competencias de la Unión Europea en materia de protección del consumidor. Esta propia predisposición del legislador de la Unión ayuda a reducir las posibles críticas del empleo del art. 114 TFEU como vía complementaria para el logro de objetivos de política indirecta en materia de consumo.

Como ya se hizo hincapié, ya desde la versión del art. 100-A 3 introducido con el Acta Única Europea en 1987, la versión del art. 114-3 TFUE reconoce y da cabida a esta interacción entre bases jurídicas al afirmar que “La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 (...) se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos”. Y esta obligación general se vería acentuada en virtud del art. 38 de la CDFUE.

de protección de los intereses de los consumidores; o la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁴⁶² GARBEN, S., «Consumer protection», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 1458.

⁴⁶³ CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «La protección de los consumidores», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, p. 303.

⁴⁶⁴ KOTZUR, M., «Consumer protection», cit., pp. 683 y 685.

⁴⁶⁵ PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 63 y ss., QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, cit., pp. 159 y ss.

Se ha interpretado que la integración económica y la liberalización del mercado es en sí misma una forma de política del consumidor, ya que el beneficiario final de ese proceso será el consumidor como destinatario de una mayor variedad de bienes y servicios a un precio más bajo⁴⁶⁶. Bajo esta perspectiva la acción de la Unión se ha orientado a centrarse en la eliminación de las normas nacionales que constituyan un posible obstáculo a la libre circulación de productos y servicios, como se ha visto anteriormente. No obstante, se hace necesario que al compás de las libertades del mercado la Unión Europea tenga que atender igualmente a la protección del consumidor, siendo necesaria la definición y adopción de algunas normas sustantivas de protección del consumidor en sustitución de las normas nacionales, en tanto que los Estados miembros no suelen ponerse de acuerdo sobre un enfoque mínimo común al respecto. De este modo, la autora anteriormente citada defiende que la legislación indirecta sobre la protección del consumidor es una consecuencia inevitable y derivada de la creación del mercado interior y parte de la competencia para ello.

Además de la posibilidad de crear una política de consumo en el mercado interno, la Unión Europea desempeña un papel proactivo en la aplicación de una política de protección del consumidor a nivel europeo, con el objetivo de establecer normas que obtengan resultados tangibles para los ciudadanos en aspectos como la vida cotidiana y el bienestar, impulsándose la confianza del consumidor en el desarrollo del mercado común. De este modo se justifica una visión más amplia con una base jurídica independiente respecto al establecimiento y funcionamiento del mercado interior y sólida para que la Unión Europea adopte legislación tuitiva del consumidor.

El artículo 169 TFUE contiene un doble título competencial para la legislación protectora de los consumidores en su párrafo 2º: una que se remite a la aproximación de disposiciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior del art. 114 TFUE (letra a del art. 169); y otra autónoma en su letra b.

De esta forma el precepto comentado, además de complementarse con el art. 114, establece un mandato autónomo para la acción de la Unión. Además de la legislación en el mercado interior del art. 169-2 a del TFUE, se autoriza a la Unión directamente para adoptar legislación de protección del consumidor sobre la base del artículo 169-2 b del TFUE: *“La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros”*.

Es así que la protección del consumidor se clasifica como competencia compartida en virtud del artículo 4-2 f TFUE⁴⁶⁷. No obstante, la competencia autónoma de la Unión

⁴⁶⁶ GARBEN, S., «Consumer protection», cit., p. 1549.

⁴⁶⁷ Y por lo tanto la política de la Unión Europea en materia de protección del consumidor complementa las competencias respectivas de los Estados miembros, que siguen siendo los principales responsables del bienestar de los consumidores. Bajo esta interpretación la Unión sólo contribuye a la consecución de este objetivo. Vid. KOTZUR, M., «Consumer protection», cit., p. 684. En cualquier caso, no cabe duda de la indudable incidencia del Derecho de la Unión en el interno respecto a la materia legislada de la mano de los principios de primacía y efectividad.

en virtud del artículo 169-2 b del TFUE se limita a la adopción de medidas que “apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros”. Esta terminología, a juicio de la doctrina no se ajusta al ámbito de competencia compartida y coincide con la utilizada en el contexto de las competencias complementarias del art. 6 TFUE como la educación y el deporte (ámbitos en los que está prohibida la armonización de las normas nacionales). En cualquier caso para la protección del consumidor se permite la armonización sobre la base del artículo 169-2 b del TFUE, si bien por su formulación se deriva que el principio de subsidiariedad se aplica con especial fuerza en dicho ámbito⁴⁶⁸.

Los objetivos de esta acción de la Unión se enuncian en el primer párrafo del artículo 169: proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. No obstante, aunque el art. 169 TFUE se ha consolidado como una base sólida para la adopción de medidas jurídicamente vinculantes para la consecución de esos objetivos, en la práctica se ha utilizado poco desde que se introdujo con el Tratado de Maastricht.

No obstante, la armonización erigida sobre esta base jurídica tiende a ser escasa⁴⁶⁹. Más recientemente destacan otros actos legislativos adoptados sobre la base del art. 169,⁴⁷⁰ pero en cualquier caso las armonizaciones tienden a orientarse más hacia la base del art. 114 TFEU en lo referente a la política común de protección del consumidor⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ GARBEN, S., «Consumer protection», cit., p. 1459.

⁴⁶⁹ Puede citarse, por ejemplo, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, cuyo objeto es disponer la indicación del precio de venta y del precio por unidad de medida de los productos ofrecidos por los comerciantes a los consumidores, a fin de mejorar la información de los consumidores y de facilitar la comparación de los precios (art. 1), o la Decisión nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales; ambos adoptados sobre la base del art. 129-A del Tratado de la Comunidad Europea en su versión del Tratado de Maastricht

⁴⁷⁰ Como la aprobación del Reglamento 2017/826 del Parlamento y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establece un programa de la Unión para apoyar actividades específicas de fomento de la participación de los consumidores y otros usuarios finales de servicios financieros, o la ya aludida Directiva de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión o de *whistleblowing* (entre otras bases jurídicas). Como alude su considerando 13, “*La información sobre infracciones por parte de los denunciantes puede ser la clave para detectar y prevenir, reducir o eliminar los riesgos para la salud pública y la protección de los consumidores derivados de infracciones de las normas de la Unión que, en otros casos, podrían quedar ocultos. En particular, la protección de los consumidores también está estrechamente vinculada a casos en que productos no seguros pueden causar importantes perjuicios a los consumidores*”.

⁴⁷¹ KOTZUR, M., «Consumer protection», cit., p. 684.

II. LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LOS CONSUMIDORES SOBRE LA BASE DEL ARTÍCULO 114 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO

A pesar del carácter expreso del art. 169, esta base jurídica parece haber quedado en una posición residual respecto del art. 114 ya analizado. La mayor parte de la actividad legislativa de la Unión, que afecta al Derecho de consumo, se ha orientado en relación a la integración económica lograda mediante la armonización de las legislaciones nacionales que afectan al establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

De hecho, las normas de la Unión más importantes en materia de protección del consumidor han sido adoptadas sobre la base del Artículo 114, o su correlativo en materia de armonización de medidas para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior⁴⁷².

Es cierto que la legislación en materia de consumo contribuye a eliminar los obstáculos al comercio o las distorsiones de la competencia en el mercado interno, si bien se ha podido criticar que el vínculo con el funcionamiento del mercado interior es muy débil, dificultándose la relación con los requisitos para armonizar bajo los presupuestos del artículo 114 en relación a lo ya argumentado en el apartado sobre los límites para la legislación por la vía de aproximaciones que tengan por objeto el establecimiento del mercado interior⁴⁷³.

Una cuestión que es preciso tener en cuenta, en relación con la adopción de medidas sobre la base jurídica del art. 114 en materia de consumo, es si tales medidas de Derecho de la Unión constituyen armonización mínima o máxima. El artículo 169-4 del TFUE establece el principio de la armonización mínima en materia de protección de los consumidores, estableciéndose que *“Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas*

⁴⁷² Cabría citarse, como ejemplo y de forma no exhaustiva, la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la muy importante y fundamental Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo; o la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, entre otros.

⁴⁷³ Por ejemplo, GARBEN, S., «Consumer protection», cit. p. 1460 plantea cómo ha podido entenderse que la Directiva 85/577 se trataba de una ley potencialmente *ultra vires*, en tanto que no se argumenta de manera convincente en su preámbulo cómo es probable que la disparidad de las legislaciones nacionales relativas a la práctica de la venta a domicilio (objeto de dicha directiva) afecte directamente al funcionamiento del mercado común.

de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados”, lo que implica que los Estados miembros pueden mantener requisitos nacionales más protectores además de cualquier norma de ámbito europeo adoptada sobre la base del artículo 169 del TFUE.

Si bien resultaría lógico no establecer un límite máximo al nivel de protección que podría aplicarse en territorio de la Unión a la protección de los consumidores, como se ha visto en relación al mercado interior, la armonización mínima puede entrañar un problema en tanto que mantiene la posibilidad de que existan posibles obstáculos al comercio y hace más difícil sostener que se han cumplido las condiciones de utilización del artículo 114 del TFUE al limitarse alguna libertad fundamental⁴⁷⁴.

Como reflejan algunos autores, como ROTT, la necesidad de encontrar nivel concreto de protección del consumidor a través de una armonización máxima podría incluso retrasar el desarrollo ulterior de la legislación de la Unión en materia de consumo. Por ello, resultaría beneficioso encontrar una solución de compromiso entre el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (frente a la crítica de que la armonización de mínimos podría generar una aplicación asimétrica del Derecho de la Unión) y el principio de armonización mínima que en cualquier caso permitiría un mayor nivel de protección a nivel nacional⁴⁷⁵.

De este modo el principio de armonización mínima del artículo 169-4 podría entenderse limitado en su aplicación a las medidas relativas al mercado interior adoptadas sobre la base del artículo 114 del TFUE y mencionadas en el apartado a) del artículo 169-2⁴⁷⁶. *A priori*, la elección de la base jurídica del acto legislativo en materia de protección del consumidor ya revela una diferencia crucial, en tanto que, desde el punto de vista teórico, el propio Derecho primario podría determinar si una medida puede establecer un estándar mínimo o máximo en la protección del consumidor.

En cualquier caso, algunas medidas de protección del consumidor adoptadas sobre la base del artículo 114 del TFUE también especifican explícitamente que sólo imponen un nivel mínimo de protección, como el art. 8 de la Directiva 93/13 (*Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*).

El art. 8 de la Directiva 85/577 (materia hoy regulada por la Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores, que no introduce la cláusula de armonización de

⁴⁷⁴ Como se apuntó en relación al asunto C-11/92, caso Gallagher anteriormente citado, el hecho de un Estado establezca una disposición más restrictiva que la norma de mínimos europea (como sucedió con Reino Unido y el porcentaje de advertencias en los paquetes de cigarrillos en su norma interna) no puede limitar la libre circulación de mercancías de productos de otros Estados que, aunque no respeten la norma interna que amplíe el mínimo, sí respete el mínimo común europeo.

⁴⁷⁵ ROTT, P., «Minimum harmonization for the completion of the internal market? the example of consumer sales law», *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, p. 1134.

⁴⁷⁶ GARBEN, S., «Consumer protection», cit., p. 1460.

mínimos ⁴⁷⁷) establecía una armonización de mínimos en su art. 8 similar al de la Directiva 93/13. Esta posibilidad del legislador europeo fue admitida como compatible con la armonización bajo la aproximación de legislaciones del mercado común (como ocurría con la Directiva 85/577) en la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 23 de febrero de 2006, asunto C-441/04, caso A-Punkt Schmuckhandels GmbH.

En la misma el Tribunal admite la posibilidad de adoptar o mantener disposiciones dirigidas a garantizar una protección a los consumidores mayor que la prevista en la Directiva (p. 11 de A-Punkt) y para ello el Tribunal de Justicia admite la posibilidad de la legislación nacional interna de justificar una prohibición en base a dos supuestos: que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue la Directiva y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (p. 27 de A-Punkt). De esta forma, el TJUE admitió un ordenamiento jurídico que prohibió la venta y la recogida de pedidos de joyas de plata a domicilio en su territorio (adoptada como medida destinada a proteger en mayor medida a los consumidores), a pesar de la contradicción a la libre circulación de mercancías que entrañaba pero añadiendo como requisito que se aplicase a todos los operadores implicados en el mercado y que afectase de la misma forma, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros (p. 30 de A-Punkt). En definitiva, se admite la restricción de una libertad de mercado adoptada en beneficio de los consumidores como prohibición amparada en la protección de mínimos que permite el Derecho secundario a los consumidores y siempre como resultado de la armonización bajo el art. 114 TFUE, admitiendo la compatibilidad de esta base jurídica.

No obstante, a falta de una disposición amparadora de la armonización de mínimos de la norma de Derecho secundario protectora del consumidor legislada bajo el art. 114, el TJUE va a inclinarse por interpretar que el Derecho secundario en el sentido de que sólo permitiría una armonización máxima (ya explicada en el epígrafe correspondiente). Es lo que ocurrió con la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de productos cosméticos⁴⁷⁸. En la Sentencia de la Sala Sexta del TJUE de 23 de noviembre de 1989, asunto C-150/88, caso Parfümerie-Fabrik 4711 v Provide, se entendió que si bien el art. 6-2 de la Directiva (relativo a la limitación de usar textos o símbolos a los productos cosméticos que atribuyan a dichos productos de características que carecían) tenía por objeto principal y esencial proteger a los consumidores (p. 20 de Parfümerie), este texto no autorizaba a los Estados miembros para que exigiesen en sus normativas que en las etiquetas o envases de dichos productos figuren menciones no

⁴⁷⁷ La actual Directiva 2011/83 no introduce una cláusula de mínimos, introduciendo en su art. 4 que *“los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”*. De su tenor parece entreverse una limitación a la facultad legislativa de los Estados para establecer disposiciones más estrictas, tal y como se permitía en su tenor anterior. No obstante, el art. 8 bis 1 de la misma permite la armonización parcial de mínimos para lo referente a los requisitos de información.

⁴⁷⁸ Hoy regulado en el Reglamento nº 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos.

previstas por la Directiva (p. 19 de Parfümerie), entendiéndose en tal caso la normativa interna como opositora a la Directiva. En definitiva, salvo que el Derecho secundario permita expresamente en su articulado la posibilidad de los Estados para efectuar una armonización de mínimos, si se legisla tomando como base del art. 114 habrá de entenderse que se aplica principalmente el modelo de armonización máxima con independencia de que la norma tenga por objeto la protección del consumidor.

De hecho, la propia Comisión Europea tiene como objetivo fomentar una política de armonización más orientada a la armonización máxima que a la de mínimos. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo que contiene la Estrategia en materia de política de los consumidores 2002–2006,⁴⁷⁹ expresamente se dice que es preciso revisar y modificar las actuales Directivas comunitarias sobre la protección de los consumidores, para actualizarlas y adaptarlas progresivamente al paso de medidas de armonización mínima a medidas de “plena armonización” (p. 3.1.2.1), siendo por tanto una de las prioridades de la Comisión a propósito de dichas Directivas el proponer la plena armonización para minimizar las variaciones en las normas de protección de los consumidores en el conjunto de la Unión Europea, hecho que a juicio de la Comisión fragmentaría el mercado interior en detrimento de los consumidores y las empresas (p. 3.1.2.2.). El fundamento de este cambio sería alejarse del escenario que contemplaría la existencia de diferentes conjuntos de normas en cada Estado miembro para lograr un entorno más coherente de protección del consumidor en toda la UE.

Esta política de la Comisión ha sido criticada doctrinalmente. La razón es que la existencia de un margen de apreciación en cada Estado puede permitir la comparación de la aplicación de los diferentes regímenes en los diferentes Estados. Al hilo de la aprobación de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores ya referida (que como se ha hecho referencia en nota a pie de página no cuenta con una norma de mínimos) se ha argumentado que el hecho de que el legislador de la unión tenga que obligar a una armonización máxima de forma indiferenciada en materia de consumo no tiene por qué tratarse de un hecho que promueva las transacciones transfronterizas en tanto que no existe prueba empírica que apoye tal argumento. De hecho, lo que sí se pone de relieve es que son las diferencias en el derecho tributario o en el derecho procesal las que constituyen un obstáculo mucho mayor para el comercio transfronterizo que el derecho contractual de los consumidores (en el que parece centrarse el legislador europeo)⁴⁸⁰.

De este modo, el impulso institucional de una armonización de máximos en lugar de una armonización de mínimos en materia de consumo y bajo el presupuesto de la aproximación de legislaciones en pos del mercado interior se ha plasmado, entre otras Directivas, en la 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales⁴⁸¹ y en la 2011/83 sobre

⁴⁷⁹ Ref. [COM (2002) 208 final], DOUE C 137/2 de 8.6.2002.

⁴⁸⁰ SMITS, J., «Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights», *European Review of Private Law*, vol. 1, 2010, p. 8.

⁴⁸¹ Así lo especifica el considerando 15 de la misma: “*Los Estados miembros podrán mantener o añadir requisitos de información relacionada con el Derecho contractual y con repercusiones en el ámbito del Derecho contractual si así lo autorizan las cláusulas mínimas de los instrumentos de Derecho comunitario vigentes. En el anexo II figura una lista no exhaustiva de tales requisitos en materia de información*”.

derechos del consumidor⁴⁸², que establecen un sistema de armonización máxima. El presupuesto para la armonización máxima en materia de consumo sería el refuerzo de la seguridad jurídica y los obstáculos que supondría la eventual fragmentación de normas para la consecución del mercado interior. Todo ello en tanto que las transacciones transfronterizas participadas por consumidores podrían dificultarse en la medida de que no se le aplicarían el mismo nivel de protección del que gozarían en sus respectivos países de residencia (en aspectos como el derecho de retractación o el periodo de reflexión para las compras).

No obstante, los intentos de la Comisión de transformar la Directivas 93/13 sobre cláusulas abusivas en una armonización máxima no tuvieron éxito debido a la oposición política del Consejo y el Parlamento Europeo⁴⁸³. En cualquier caso, no cabe duda de que una armonización máxima implicará un mayor grado de dificultad política respecto a la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre el establecimiento de niveles máximos de protección de los consumidores, lo que supone una transferencia mucho más significativa de la competencia reguladora al nivel europeo que la armonización que contenga normas mínimas. Todo esto relativizaría y dificultaría *per se* la perspectiva de armonización máxima de la Comisión en materia de consumo.

previstos en el acervo. Dado que la presente Directiva introduce una armonización plena, únicamente se considera sustancial a efectos del artículo 7, apartado 5, la información exigida por el Derecho comunitario. Cuando los Estados miembros hayan introducido requisitos de información más allá de lo especificado en el Derecho comunitario, sobre la base de cláusulas mínimas, la omisión de esta información complementaria no se considerará una omisión engañosa con arreglo a la presente Directiva. En cambio, los Estados miembros podrán, cuando así lo permitan las cláusulas mínimas del Derecho comunitario, mantener o introducir disposiciones más estrictas, de conformidad con el Derecho comunitario, para garantizar un mayor nivel de protección de los derechos contractuales individuales de los consumidores”, consolidando la idea de una armonización máxima si bien dejando un mínimo margen de maniobra a los Estados miembros.

⁴⁸² Así en el considerando 7 se manifiesta que “Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión”, sistema máximo que se plasma en el art. 4 de la Directiva 2011/83 antes referido.

⁴⁸³ Así se intentó en el Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 8 de febrero de 2007 (COM(2006) 744 final), disponible en web en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0744:FIN:ES:PDF>, en el que la Directiva 93/13 aparece como Directiva objeto de revisión en lo referente a la consideración como norma de mínimos. Como recuerda la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, la armonización de la Directiva 93/13 es parcial y mínima (p. 28). A pesar de la oposición política del Parlamento y del Consejo, el art. 8 de la Directiva 93/13 fue modulado por dos reformas posteriores: por un lado la Directiva 2011/83 antes referida, que introduce el art. 8 bis en virtud del cual se establece la obligación de comunicación de los Estados a la Comisión cuando se realicen cambios de Derecho interno subsumibles en la armonización mínima del art. 8, y la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que introduce el art. 8 ter que establece la obligación de los Estados de establecer sanciones internas al a infracción de la Directiva.

Otro factor relevante en la configuración de la legislación en materia de consumo ha sido el llamado papel “activista” del TJUE, desempeñando un papel decisivo en la elaboración de la legislación y la política europea en materia de consumo. La jurisprudencia del TJUE se ha inclinado por una postura enérgica en su afirmación, configuración e interpretación de los derechos de los consumidores a raíz de obligaciones que incluso podrían interpretarse que no están previstas explícitamente en el Derecho primario ni secundario europeo⁴⁸⁴.

Como ejemplos de esta postura del Tribunal podrían incluirse la obligación de los jueces nacionales de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas insertadas en contratos⁴⁸⁵, cuya rica jurisprudencia se ha ido perfilando desde la Sentencia de 27 de junio de 2000, asunto C-240/98, caso Océano. O, por ejemplo, y en relación a la Directiva 90/314 sobre viajes combinados (hoy Directiva 2015/2302), el TJUE ha reconocido implícitamente un derecho a la indemnización por daños no materiales. Así lo ha hecho en su Sentencia de la Sala Sexta de 12 de marzo de 2002, asunto C-168/00, caso Leitner, y aunque la Directiva expresamente no prevé explícitamente tales daños, el Tribunal consideró que la Directiva reconoce implícitamente la existencia de un derecho a resarcimiento por daños no corporales, sino morales (p. 23).

Este enfoque expansivo y favorable al consumidor del TJUE, en el contexto de la interpretación de las medidas legislativas de la Unión, puede contrastar con un enfoque más restrictivo de la protección del consumidor cuando los Estados miembros lo invocan como excepción a las disposiciones de libre circulación (por ejemplo, de mercancías)⁴⁸⁶. Es el ejemplo de la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 5 de marzo de 2009, asunto C-88/07, caso Comisión contra España. En la misma, se entiende que la protección de los consumidores (y en especial en lo referente al derecho de que los consumidores sean correctamente informados sobre los productos que consumen) no es motivo para restringir la libre circulación de mercancías de productos fabricados en otro Estado por la normativa interna (si el Estado no justifica razones de salud pública o una explicación suficiente para identificar los problemas surgidos en la aplicación de la libre circulación de mercancías en relación al etiquetado, p. 98 de Comisión contra España). En este sentido el TJUE ha desarrollado la noción de *consumidor medio* como criterio para determinar si las medidas nacionales constituyen obstáculos al comercio en el mercado interior. En tal caso las restricciones nacionales podrían justificarse en pos de la protección de un interés público justificado, si son proporcionadas en relación con la consecución de ese objetivo. Y, en concreto, tomando referencia a un “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (p. 37 de la Sentencia de la Sala Quinta de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, caso Gut Springenheide).

⁴⁸⁴ GARBEN, S., «Consumer protection», cit., p. 1464.

⁴⁸⁵ Vid. CABRERA MERCADO, R., «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», en MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2014, p. 291, RUIZ MORENO, J. M., «La intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje de consumo», *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 1, 2015, p. 15.

⁴⁸⁶ GARBEN, S., «Consumer protection», cit., p. 1465.

III. LA COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS.

Como puede deducirse de lo razonado hasta ahora, el Derecho primario de la Unión Europea no constituye en sí mismo una barrera o limitación positiva a una posible armonización de los Derechos reales inmobiliarios. Pero tampoco contiene una habilitación competencial expresa para su desarrollo.

Aun así, no faltan las propuestas tendentes a la codificación europea del Derecho patrimonial. En ese sentido, doctrina académica sería variada y profunda, dividida entre la creación de un “Código civil patrimonial europeo”, más vinculante en materia patrimonial (especialmente centrado en materia de obligaciones y contratos) y la simple adopción de unos principios comunes⁴⁸⁷.

Ello no quiere decir que, como consecuencia de la competencia en materia de consumo, que ya se ha profundizado más arriba, el Derecho secundario en su desarrollo normativo haya regulado determinadas materias que puedan tener repercusión en los Derechos reales inmobiliarios de los diferentes Estados miembros de la Unión. Sin perder de vista que la *ratio* de la armonización siempre y en todo caso ha descansado en el establecimiento de medidas comunes en beneficio del consumidor (mejorando la protección de su seguridad o sus derechos en las transacciones comerciales), estas medidas han desembocado en la adaptación de normativa nacional incisiva en los diferentes sistemas de Derechos reales inmobiliarios.

El primer texto de la Unión por el que acometieron las primeras aproximaciones en materias de Derechos reales inmobiliarios fue la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, erigida sobre el art. 100-A del Tratado CE (como se ha visto, actual art. 114 TFUE).

La premisa de esta normativa era que las legislaciones nacionales en materia de contratos de adquisición de derechos de utilización en régimen de tiempo compartido de

⁴⁸⁷ GALLEGO DOMÍNGEZ, I., «La unificación del Derecho civil patrimonial europeo», cit., p. 1795.

uno o más inmuebles, podía crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior (considerando 1 de la Directiva 94/47).

De esta forma, la Directiva 94/47 se propuso aproximar las disposiciones de los Estados para proteger a los adquirentes en determinados aspectos de la suscripción de contratos relativos a la adquisición de derechos de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido. Para ello la Directiva pretendía referirse a dos aspectos: por un lado, la información relativa a los elementos constitutivos del contrato y las condiciones de transmisión de dicha información; y por otro, los procedimientos y formas de resolución de los contratos (art. 1) en sus diversas modalidades y causado por la aportación o no de documentación.

La Directiva conceptualizó como contratos relativos a la adquisición de derechos de utilización en tiempo compartido a aquellos mediante los que se ofrecía el pago de un determinado precio global y en su virtud se crease, transfiriese o estableciese el compromiso de transferir un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles (art. 2).

La Directiva 94/47 implicó una extensa regulación nacional limitadora de los derechos de multipropiedad⁴⁸⁸, y fue sucedida por la actualmente en vigor Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Como se manifiesta en el considerando 9 de la Directiva 2008/122, se manifestaba necesario precisar y actualizar las disposiciones relativas a la información precontractual y al contrato. Además de tales puntos, se amplía el objeto de la materia armonizada en su art. 1-1 a la comercialización, venta y reventa de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración, así como a los contratos de intercambio.

En cualquier caso, a pesar de que la Unión ha tenido la reciente oportunidad de ampliar la posibilidad de regular más aspectos relacionados con la compraventa de bienes inmuebles con la Directiva 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, en el considerando 12 de dicha Directiva parece reafirmarse lo ya expuesto a lo largo del presente trabajo: la clara limitación de la competencia de la Unión en materia de Derechos reales inmobiliarios: *“La presente Directiva solo debe aplicarse a objetos muebles tangibles que constituyan bienes tal como se definen en la presente Directiva.*

⁴⁸⁸ A modo de ejemplo en España el art. 8 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias prohibió la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad. En Italia se adoptó el Decreto Legislativo de 9 de noviembre 1998, n. 427 (Gazzetta Ufficiale n. 291 del 14 dicembre 1998) estableció requisitos para la contratación y de invalidez de determinadas cláusulas. En Francia se aprobó la Ley n.º 98-566 del 8 de julio de 1998, que modificaba el Código de Consumo, que siguiendo la línea anterior establece un margen más amplio de responsabilidad de diversos empresarios como personas jurídicas (article L121-72).

Por consiguiente, los Estados miembros deben tener la facultad para regular los contratos de compraventa de bienes inmuebles, como los edificios de viviendas, y los componentes principales de estos destinados a constituir una parte importante de tales bienes inmuebles”. La Unión parece ser consciente de esta restricción a la hora de fijar su extensión tanto en los considerandos de la referida como en la definición del alcance de bienes del art. 2-5 su objeto, que al preterir a los bienes inmuebles debe interpretarse en consonancia con lo argumentado en el considerando 12 para admitir la inaplicabilidad de este texto a la materia objeto de estudio⁴⁸⁹.

A la hora de regular el contrato de préstamo puede introducirse un matiz de relevancia, sobre todo al proyectarse la posible ejecución judicial del contrato. Es aquí donde surge la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo⁴⁹⁰. Si bien esta Directiva establece diferentes medidas de garantía del consumidor usuario de créditos al consumo (como información precontractual o el establecimiento de procedimientos extrajudiciales aplicables a los litigios en materia de consumo derivado de créditos en el art. 24 de la Directiva), el ámbito de la misma impedía su aplicación al crédito garantizado con hipoteca.

Es así que el art. 2-2 de la Directiva 2008/48 establece expresamente que la Directiva no se aplicará ni a los contratos de crédito garantizados por hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble (a), ni a los contratos de crédito cuyo importe fuese superior a 75.000 euros (b)⁴⁹¹. Este objeto limitado y limitativo provocó la discusión judicial de la aplicación de la Directiva 2008/48 a diferentes escenarios, como por el hecho de que préstamo no se hubiese concedido de no haberse adquirido simultáneamente el bien inmueble como se refleja en la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 25 de octubre de 2005, asunto C-350/03, caso Schulte.

⁴⁸⁹ «bienes»: a) todo objeto mueble tangible; el agua, el gas y la electricidad se considerarán bienes en el sentido de la presente Directiva cuando se pongan a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas; b) todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizaran sus funciones (en lo sucesivo, «bienes con elementos digitales»). En ningún punto se incluyen los bienes inmuebles, como sí ocurre con las Directivas 94/47 y 2008/122 antes aludidas.

⁴⁹⁰ Posteriormente modificada por la Directiva 2011/90/UE de la Comisión, de 14 de noviembre de 2011, en la que se establecen supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; el Reglamento 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión y el Reglamento 2019/1243 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se adapta a los artículos 290 y 291 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea una serie de actos jurídicos que prevén el recurso al procedimiento de reglamentación con control.

⁴⁹¹ Si bien la Directiva 2014/17 sobre los contratos de crédito inmobiliario introdujo el punto 2 bis al art. 2 de dicha Directiva, para permitir que Directiva de crédito al consumo se aplicase a los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75.000 euros.

En el caso Schulte se declaró que cuando los contratos de préstamo y de compraventa de bienes inmuebles podían constituir contratos vinculados que forman una unidad económica⁴⁹², de modo que la revocación del contrato de préstamo podía afectar a la validez del contrato de venta de modo que el prestatario podía dejar de estar vinculado al segundo. Respecto a esta unidad económica el TJUE entendió que la Directiva excluía expresamente y sin ambigüedad de su ámbito de aplicación a los contratos de venta de bienes inmuebles (pp. 74 y 75).

Un debate similar ya se había planteado con anterioridad en relación a la Directiva 85/577, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, así como la Directiva 87/102, de 22 de diciembre de 1986, en materia de crédito al consumo (precedente de la Directiva 2008/48). La Sala Sexta del TJUE en su Sentencia de 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99, caso Heininger. La problemática estribaba en determinar la aplicación de esta Directiva a un contrato de crédito al consumo derivado de otro de venta a domicilio en el que se ofrecía la adquisición o alquiler de un bien inmueble. El TJUE desterró toda posibilidad de aplicación extensiva del objeto de la Directiva, estableciendo en su p. 35 que si bien un contrato de crédito puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre venta a domicilio (o de crédito al consumo), las consecuencias sobre la adquisición del bien inmueble de la eventual revocación de dicho contrato conforme a la Directiva y la constitución de la garantía real se rigen por el Derecho nacional.

Ante la imposibilidad de aplicar la norma general relativa a los créditos al consumo al fenómeno del contrato de préstamo garantizado con hipoteca se canalizó una aspiración histórica de armonización del Derecho de la Unión en materia hipotecaria, bajo la vía del Derecho de protección del consumidor, que derivó en la actual Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo estudio se ampliará en el siguiente capítulo.

IV. LA REPERCUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LOS PROCESOS NACIONALES DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

⁴⁹² En este sentido vid. TENA ALÓS, M. Á., «Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual», cit., pp. 149 y ss.

Como ha quedado constatado, la Unión Europea ha promulgado legislación con repercusión en materia de Derechos reales inmobiliarios desde la perspectiva de la protección al consumidor a través de la competencia específica del párrafo tercero del art. 114.

Pero la repercusión del Derecho de la Unión no sólo se ha quedado en tal estadio. Puede resaltarse un marcado número de sentencias del TJUE, dictadas en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, anteriormente referida, en los que se declara contrario al Derecho de la Unión Europea diferentes disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que reglamentan el proceso de ejecución hipotecaria.

En concreto, el TJUE asume una interpretación específica de los arts. 6-1 (relativo al principio de no vinculación de las cláusulas abusivas) y 7-1 (relativo al principio de efectividad en materia de consumo) de la Directiva 93/13. De este modo la aplicación de los arts. 6-1 y 7-1 de la Directiva 93/13 a las ejecuciones de contratos con una garantía hipotecaria ha tenido múltiples vicisitudes prácticas. La autonomía procesal de los Estados ha ido cediendo terreno al principio de efectividad conforme se ha ido sometiendo a criterio del tribunal las distintas tramitaciones y efectos del procedimiento español de ejecución hipotecaria⁴⁹³. De este modo en el presente apartado procederemos a elaborar una síntesis de las principales resoluciones dictadas por el TJUE en este sentido, y ceñidas a la tramitación del proceso.

La primera y de mayor repercusión fue la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz. Esta Sentencia puso de relieve la cognición limitada del proceso español en el tenor legal entonces vigente anterior a la Ley 1/2013, de 14 de mayo⁴⁹⁴. Esta limitación implicaba la imposibilidad del deudor hipotecario a formular motivos de oposición basados en el Derecho sustantivo europeo (en concreto y como se examinó en tal asunto del carácter abusivo de una cláusula fundamento del título ejecutivo). De forma similar la regulación anterior impedía la adopción de medidas cautelares⁴⁹⁵, y en particular la suspensión del procedimiento cuando fuese necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial final.

De la sentencia Aziz se derivó la necesidad de que el deudor hipotecario, en su condición de consumidor, pudiese suspender el procedimiento cuando fuese necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución que se dictase en las alegaciones que

⁴⁹³ QUESADA LÓPEZ, P. M., *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿Una relación imposible?*, cit., pp. 64 y ss.

⁴⁹⁴ Remediando la citada ley la situación anterior al ampliar los motivos de oposición para incluir el examen de la abusividad de la cláusula en sede de ejecución, vid. CABRERA MERCADO, R., «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», cit., p. 290, MORENO GARCÍA, L., «Tratamiento de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria tras las modificaciones operadas por la ley 1/2013, de 14 de mayo y la ley 9/2015, de 25 de mayo», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. DE LOS Á. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 915 y ss.

⁴⁹⁵ CABRERA MERCADO, R., «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», cit., p. 293, vulnerando consiguientemente el principio de protección de los consumidores.

cuestionasen la viabilidad de la ejecución o las obligaciones establecidas en el título ejecutivo a la luz del Derecho sustantivo europeo, y en particular por el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo ejecutado en virtud de la Directiva 93/13⁴⁹⁶. Si bien el Derecho procesal español anterior a la Ley 1/2013 preveía tal posibilidad en un proceso declarativo paralelo a la ejecución, no permitía por el contrario suspenderlo de tal manera que la ejecución debía proseguir (enajenándose el bien inmueble).

Otro de los aspectos que el TJUE entendió contrario al Ordenamiento de la Unión del proceso español de ejecución de la hipoteca fue la imposibilidad del consumidor de recurrir en apelación una resolución desestimatoria de la oposición a la ejecución. Así ocurrió en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, caso Sánchez Morcillo y Abril García (I), asunto C-169/14. En la versión anterior a su reforma del art. 695-4 LEC, se establecía una diferencia de trato entre el profesional y el consumidor como partes del procedimiento.

Resuelto el trámite de oposición, en el que el ejecutado con condición de consumidor cuestionaba la viabilidad del título ejecutivo o del proceso de ejecución, sólo podía interponerse recurso de apelación en el caso de que la oposición se hubiese considerado fundada, y no en ningún otro caso. De este modo el Derecho procesal español ponía a disposición del profesional de un recurso contra una resolución contraria a sus intereses, mientras que, en el supuesto de que la oposición fuese desestimada, el consumidor carecía de la posibilidad de recurso. El TJUE entendió que esta desigualdad para interponer recurso suponía la colocación del consumidor, en tanto deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional como acreedor ejecutante. Y por lo tanto afectaba a la tutela judicial de los derechos que pudiese invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas por parte de la empresa prestamista ejecutante.

La notificación personal al consumidor constituye igualmente otro de los parámetros susceptibles de ser considerados como contrarios al Derecho de la Unión. En la Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015, caso BBVA, asunto C-8/14, se discutió entre otros aspectos la notificación de un trámite extraordinario creado en virtud de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que entre otros textos reformó la LEC española para adaptarse a los estándares establecidos en la anteriormente referida Sentencia Aziz.

La cuestión problemática se vinculaba al mecanismo previsto para determinar el inicio del plazo para que los consumidores ejecutados pudiesen plantear el incidente de

⁴⁹⁶ Lo que generaba considerable perjuicio al consumidor en tanto que no podía oponer el carácter abusivo de la cláusula, viéndose abocado a la pérdida del bien objeto de garantía a pesar de que el proceso de ejecución se hubiese iniciado con fundamento en una cláusula. Esto se agravaría por el carácter irreversible de la transmisión del inmueble tras la adjudicación al tercero. Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 278.

oposición extraordinario. La Ley 1/2013 establecía un marco legislativo de alcance general que entraba en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. De este modo el TJUE entendió que los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial (en el caso del Derecho procesal español la notificación personal).

El efecto de cosa juzgada conferido por el Derecho interno al título ejecutivo y la posibilidad posterior de aplicar el Derecho sustantivo de la Unión europea es una circunstancia que igualmente pueden interpretarse como limitativa del Derecho de la Unión. Así sucedió en la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus. En la misma, se cuestionaba que efecto de cosa juzgada formal pudiese impedir realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre el que versaba el litigio principal.

Para el TJUE resultaría contrario a los mencionados principios que, existiendo una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, no se obligue al juez a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

De la jurisprudencia del TJUE en Banco Primus se deducen dos posibilidades para el juez nacional en un proceso de ejecución: (a) o bien resolver el eventual carácter abusivo de la cláusula y deducir sus efectos en cualquier momento del procedimiento, sin limitaciones procesales, o (b) si efectivamente se previese en el Derecho procesal el dictado de una resolución que tuviese el efecto de cosa juzgada y no pudiese invocarse el carácter abusivo con posterioridad a la misma por las partes o de oficio por el juez, en tal caso el juez habrá de tener la obligación de examinar el carácter abusivo de tales cláusulas.

De este modo, al igual que el ejercicio de la libre circulación de capitales antes expuesta puede constituir un límite a la plena potestad legislativa de los Estados miembros en materia de regulación del Derecho real de hipoteca, el principio de efectividad en materia de Derecho de consumo y el principio de no vinculación en materia de cláusulas abusivas pueden constituir otro límite a la potestad del legislador en materia de Derecho procesal civil, y en concreto del proceso de ejecución de hipoteca, en los términos reflejados en el presente apartado.

CAPÍTULO TERCERO. LA ARMONIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES HIPOTECADOS EN EL PLANO EUROPEO.

Del análisis de las bases jurídicas del Derecho de la Unión Europea realizadas en los anteriores capítulos puede admitirse la idea de que la Unión, por la vía de diversas competencias ya analizadas, tendría una competencia indirecta para armonizar determinados puntos de las legislaciones nacionales en materia del proceso civil de ejecución por el juego entre la base de cooperación judicial en materia civil y la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior en consunción con el cauce de los poderes implícitos. Y que, si bien la Unión carece de una auténtica competencia para legislar en materia de Derechos reales inmobiliarios de los Estados miembros, estos no pueden quedar totalmente desleídos de la acción de la Unión en tanto que las libertades del mercado interior y la legislación protectora de los consumidores supondrían un claro límite a la potestad normativa de los Estados miembros.

De este modo, y estudiadas las habilitaciones competenciales y los límites, se estaría en disposición de analizar una posible armonización específica de los procesos de ejecución judicial cuando el objeto de la misma es un bien inmueble gravado con un derecho real de hipoteca.

Aun no contándose (como ha quedado constancia en el epígrafe correspondiente) con una armonización específica y general del proceso de ejecución (ni de bases mínimas en el proceso civil), no puede obviarse el interés que ha tenido la Unión para paliar los desequilibrios de los medios procesales de que disponen los acreedores en la Unión (considerando 8 del Reglamento nº 1896/2006), así como el interés de proteger al consumidor en el seno de los procesos de ejecución hipotecaria⁴⁹⁷.

Como señalan algunos autores, la armonización de las hipotecas constituye un elemento esencial para que las instituciones de crédito puedan modernizar las estrategias de cara a la demanda, la tecnología y la competencia de la actividad económica así como a la calidad de los métodos tienen que cubrir en gran medida las necesidades de los

⁴⁹⁷ Existen incluso autores que proponen una armonización de la llamada “hipoteca inversa” bajo la óptica del Derecho de consumo, vid. SETTANI, G., «Equity Release, Reverse Mortgage and Home Equity Conversion: Perspectives in Different Law Systems and Questions for Harmonization at EU Level», *European Business Law Review*, vol. 28, 5, 2017, pp. 731 y ss.

clientes, al establecerse unos estándares de rendimientos más altos por parte de un personal cualificado en el contexto de un mercado internacional⁴⁹⁸.

De este modo, en el presente capítulo se procederá al estudio de todos los antecedentes legislativos que han mediado hasta llegar al primer intento de armonización en materia hipotecaria, cual es la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencia, siempre desde la perspectiva de la aproximación en materia de ejecución judicial de la hipoteca. E igualmente, se procederá a un estudio de Derecho comparado representativo de los principales sistemas de ejecución en Europa y su tratamiento de la ejecución de la hipoteca para formular propuestas concretas en la materia.

I. LOS ANTECEDENTES: DESDE LAS LIBERTADES DEL MERCADO COMO BASE JURÍDICA PRIMIGENIA A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. El informe del desarrollo de un mercado de capitales europeo como punto de partida

Uno de los primeros intentos de armonizar la normativa hipotecaria en la Unión Europea fue el Informe de un grupo de expertos designados por la Comisión Europea “*The development of a European capital market*” (El desarrollo de un mercado de capitales europeo), ref. 8181 * /5/I/1967/5, presidido por Claudio SEGRÉ y publicado en 1966.

El propósito encargado por la Comisión al grupo fue, teniendo en cuenta el periodo transitorio fijado en los Tratados para implementar en todos los Estados la libre circulación de capitales (art. 8 del Tratado de la CEE, hasta 1969), se fundamentaba en cinco tareas. Por un lado, establecer y especificar el desarrollo del mercado europeo de capitales, así como desarrollar soluciones conjuntas a partir de los esfuerzos que están

⁴⁹⁸ POENARU, L., «Euro mortgage», *Romanian Economic and Business Review*, vol. 2, 1, 2007, p. 24.

haciendo los distintos Estados miembros para mejorar el funcionamiento de los mercados; analizar las diferencias de organización de los mercados en los Estados miembros para determinar los factores responsables de la fragmentación de los mercados; hacer un balance de los flujos de capital intracomunitarios; tratar de establecer qué impacto tendría el establecimiento de un mercado europeo de capitales en la aplicación por parte de los Estados miembros de políticas económicas basadas principalmente en el uso de instrumentos financieros y examinar cómo habría que adaptarse la estructura y el funcionamiento de las instituciones financieras para que los mercados pudieran integrarse⁴⁹⁹.

Como puede comprobarse una de las principales preocupaciones de la Comisión fue la ampliación de los canales de crédito en el mercado interior. En el informe se remarca que la participación de las instituciones de ahorro en el sistema financiero de la Unión, en tanto que la naturaleza de sus recursos (casi exclusivamente depósitos de ahorro) disminuye la importancia del problema de liquidez, gozando de garantía pública en tanto que se encuentran especialmente bien situados para transformar los fondos a corto plazo. Su actividad sería el resultado de un marco legal que les incitaría a invertir en bonos, créditos hipotecarios y préstamos a largo plazo (p. 75 del Informe Segré). De esta forma el mercado de crédito tendería a la ausencia de prácticamente ningún obstáculo (más allá de algunas restricciones en materia de control de cambios, como se ha apreciado de los apartados anteriores) para la prestación de una garantía o hipoteca a nombre de un no residente (p. 152).

Es en este contexto donde se pone de relieve que en todos los Estados miembros de la Unión las cargas inmobiliarias desempeñan un papel importante como garantía de los créditos a largo plazo, a pesar de los problemas que pueden surgir en la ejecución (p. 152 del Informe Segré).

De esta forma se propone el estudio de la viabilidad de introducir una forma de garantía real inmobiliaria o préstamo internacional respaldado con gravámenes inmobiliarios comparables en todos los países miembros. La existencia de un instrumento que sea flexible en las operaciones financieras internacionales se señala como un factor adicional que ayudaría a aproximar los mercados de capital de los Estados miembros⁵⁰⁰.

Por todo ello, el Informe Segré propuso, en una etapa histórica aún incipiente para la Comunidad Económica Europea, dos puntos la aproximación de las legislaciones internas a los que se recomendó prioridad: por un lado la armonización del estatuto legal de las garantías inmobiliarias exigidas en los Estados Miembros (de la hipoteca o de otras garantías); y, además, la adopción de disposiciones para que las regulaciones de las

⁴⁹⁹ Segré, C., The development of a European capital market. Report of a Group of Experts appointed by the EEC Commission, 1966, p. 11.

⁵⁰⁰ Igualmente se apunta a una unificación de derechos de prenda sobre bienes muebles como un factor importante, en particular cuando se conceden préstamos a mediano plazo. La diversidad de las reglamentaciones jurídicas que rigen la pignoración de esos bienes, en particular en lo que respecta a la tenencia de la garantía y la notificación al público puede dar lugar a dificultades cuando los bienes pignorados se utilizan en un país en el que existen diferentes disposiciones jurídicas. Vid. *Ibid.*, p. 153.

hipotecas y las escrituras de propiedad inmobiliaria puedan expresarse en monedas distintas de la del país de registro⁵⁰¹.

2. La propuesta de Directiva de 1985 sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario

Como puede comprobarse el llamado Informe Segré abrió la etapa, en un momento muy inicial de la historia de la integración europea, a un debate sobre la armonización de los Derechos de hipoteca en el seno de la Unión.

Este debate se plasmó en una propuesta que elevó la Comisión al Consejo el 4 de febrero de 1985 de Propuesta de Directiva del Consejo sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario (COM(84)730final)⁵⁰². La base jurídica sobre la que se pretendió vertebrar la propuesta fue el art. 57-2 del Tratado de Roma (acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas, en el marco de la libertad de establecimiento, incluyéndose la distribución del crédito y al ejercicio de la profesión bancaria para el que se exige unanimidad).

La premisa sustentada en los considerados era que, dentro de la acción legislativa de la comisión (como la Primera Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito, actual Directiva 2013/36/UE), se manifestaban obstáculos que impedían el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios por parte de las entidades de crédito que gestionaban créditos hipotecarios. Estos obstáculos percatados eran la prohibición de conceder créditos hipotecarios sobre bienes inmuebles situados en otro Estado miembro (cuestión resuelta a día de hoy, como se ha razonado en anteriores epígrafes) y las diferencias en las condiciones en las que las entidades de crédito en los distintos Estados miembros estaban autorizadas a llevar a cabo la actividad de crédito hipotecario. Este último aspecto es uno de los principales argumentos para acometer la armonización de normas tanto de Derecho sustantivo como procesal hipotecario.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 169. No obstante, como se analizó al hilo del caso C-222/97, Trummer contra Mayer, tal obligación se entendió subsumida por el TJUE como uno de los efectos de la libre circulación de capitales del Tratado.

⁵⁰² DOCE de 1985, nº C 42/4, de 14 de febrero de 1985, pp. 4-8 (única versión disponible en inglés).

Pero, como bien acentúa el proyecto presentado por la comisión en sus considerandos, la eliminación de los obstáculos en las legislaciones hipotecarias traerá consigo la posibilidad de operar (*to operate*, en su tenor original) los créditos hipotecarios en un Estado miembro de acogida con arreglo las técnicas específicas de préstamo y financiación autorizadas en el Estado miembro de origen. La idea sería que unas normas comunes a nivel europeo no deberían generar problemas para llevar a su término los diferentes contratos de préstamo (lo que podría en sentido interpretativo pregonarse a la modalidad de cumplimiento voluntario o a su ejecución forzosa), sustentándose en la idea de un reconocimiento mutuo de las normas de supervisión que vigilan la solidez financiera de las entidades de crédito hipotecario pertinentes.

De este modo la acción legislativa de la Unión perseguiría dos fines: por un lado evitar las distorsiones de las condiciones de competencia (permitiéndose a las entidades de crédito trabajar en el mismo ámbito en su territorio) y evitar las restricciones a la libre circulación de capitales⁵⁰³.

Pero, aunque, como puede comprobarse, la propuesta de Directiva de 1985 apuntó a la posibilidad de facilitar la operatividad (pudiéndose incluir la ejecución como consecuencia indirecta de esta idea) la preocupación más directa se centró en otros aspectos como la supervisión bancaria en las operaciones transfronterizas.

El objeto pretendido de la propuesta de Directiva fue la de servir de marco a las entidades que concedían al público préstamos garantizados por hipotecas sobre bienes inmuebles con el fin de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos edificables (art. 1), sobre todo en las operaciones entre Estados miembros. Para ello se dividió en tres títulos principales.

En un primer bloque se abordaron disposiciones generales para facilitar el ejercicio del derecho de establecimiento y el derecho a prestar servicios, sobre todo en pos de permitir a las entidades de crédito la concesión de créditos hipotecarios en otro Estado miembro (arts. 4 y 5). En especial se permite el empleo de técnicas de financiación autorizadas en el Estado miembro de origen.

Otro bloque ocupaba las disposiciones relativas a la libertad de prestación de servicios, como la notificación de las entidades de crédito a las autoridades de control en el Estado miembro donde se pretendería ejercer el préstamo de créditos, o la obligación de información trimestral de las operaciones a la autoridad de control del Estado miembro en cuestión (previéndose en el proyecto la posibilidad de denegarlas por razones “de interés general”), así como la posibilidad de adoptar medidas para evitar las posibles irregulares cometidas por la entidad de crédito operante en un tercer estado (pudiéndose limitarse a la institución de crédito en cuestión la posibilidad de seguir suscribiendo contratos de crédito hipotecario).

⁵⁰³ Los efectos de los procesos judiciales civiles nacionales y la libre circulación de capitales (entre el resto) ya es advertida por SCHWARTZ, A., «Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation», cit., p. 139.

Por su parte, el Consejo introdujo una propuesta modificada (COM(87) 255 final)⁵⁰⁴. Entre otros aspectos significativos se asimiló al concepto de hipoteca cualquier otro instrumento jurídico de efecto equivalente. E igualmente se introdujo un artículo clarificador del hecho de que ninguna disposición de la referida propuesta de Directiva afectaría al derecho de las entidades de crédito designadas de ejercer actividades de crédito hipotecario en su Estado miembro de origen o en cualquier Estado miembro, o la posibilidad de que la autorización para suscribir préstamos por un Estado se extendiese a bienes ubicados en cualquier lugar de la Comunidad.

En cualquier caso, esta Directiva *non nata*, si bien fue el primer intento legislativo de establecer normas armonizadoras de los préstamos garantizado con hipoteca a nivel europeo, no pasó de los actos preparatorios. Y como se ha especificado más arriba tuvo su principal interés en los actos de supervisión bancaria, no tanto en los elementos del Derecho de hipoteca, o los requisitos del contrato de préstamo garantizado con hipoteca, ni mucho menos de su ejecución.

No sería hasta la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación bancaria cuando, según la doctrina, se plasmaría la primera manifestación del principio de reconocimiento mutuo de establecimiento bancario en su art. 18-1, en la línea de la Propuesta de Directiva analizada, incluyéndose especialmente el préstamo hipotecario en el mismo⁵⁰⁵.

3. La Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda

Hasta el año 2001 la acción legislativa de la Unión orientada a la regulación específica del crédito hipotecario quedó en suspenso.

Sí que se promulgó, en relación a los créditos concedidos a consumidores, la ya comentada Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa al crédito al consumo, que como se ha comprobado no se aplica o se aplica de forma muy limitada al crédito hipotecario.

⁵⁰⁴ DOCE C 161/4, de 19 de junio de 1987.

⁵⁰⁵ STÖCKER, O., «La Eurohipoteca», cit., pp. 127-128.

Con la Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda (C(2001) 477)⁵⁰⁶ los intentos legislativos de armonizar el crédito recayente sobre inmueble o gravado con hipoteca comenzaron a orientarse a otra base jurídica distinta: la de la protección de los consumidores⁵⁰⁷.

La Comisión pone de relieve en su preámbulo que la firma de un contrato de crédito sobre vivienda es uno de los compromisos financieros más importantes que asume un consumidor. Y por lo tanto son susceptibles de verse involucrados por una actividad transfronteriza cada vez de mayor relevancia, por lo que se plantea la necesidad de que cuenten con las medidas de protección adecuadas (considerando 1).

En concreto, los puntos sobre los que la Comisión considera procedente llevar a cabo una armonización de la normativa sería la información precontractual sobre los términos y condiciones para que los créditos vivienda sean transparentes y comparables. Ello se traduciría en la necesidad de invitar a los prestamistas a entregar a los consumidores información de carácter tanto general como personalizada (considerando 2), en lo que se propuso denominar ficha europea de información normalizada.

De este modo, la Comisión propuso vertebrar una normativa de crédito inmobiliario de consumo aplicable a la información precontractual aplicable a consumidores en contratos tanto nacionales como transfronterizos (art. 1 de la Recomendación) al margen de la Directiva 87/102.

Destaca el concepto de crédito vivienda (posteriormente definido en la Directiva 2014/17 como contrato de crédito) como un préstamo ofrecido a un consumidor para la compra o transformación del bien inmueble privado que posea o aspire a adquirir, asegurado mediante hipoteca sobre el bien inmueble o mediante una fianza utilizada habitualmente en un Estado miembro a tal efecto (art. 2).

El resto de la Recomendación se orienta a la información precontractual susceptible de aportación al consumidor (detallada en su Anexo I), en aspectos como la identidad tanto del prestamista como del intermediario, la descripción de los tipos de créditos disponibles con una breve descripción de las diferencias entre productos con tipo de interés fijo y variable, con sus implicaciones para el consumidor, las variedades del tipo de interés y en especial si es fijo, variable o una combinación, el coste indicativo para el consumidor de un crédito típico, los coste afines tanto legales como de intermediación, si es necesaria la tasación y quién ha de realizarla y la posibilidad de amortización anticipada), a la creación de un registro de prestamistas de crédito de vivienda y la supervisión de la comisión.

⁵⁰⁶ DOCE n° L 069 de 10/03/2001 p. 25 – 29.

⁵⁰⁷ Como señala la doctrina con carácter general, la integración en el mercado hipotecario europeo ha de presuponer la confianza de los consumidores, así como del alineamiento general de las leyes de protección del consumidor. Vid. SPARKES, P., *European Land Law*, cit., p. 392.

De la Recomendación de 1 de marzo de 2001 destacan dos ideas. Por un lado, la orientación de la armonización del crédito hipotecario a la óptica de la protección del consumidor como fin esencial de la misma; y por otro, su repercusión en la futura Directiva 2014/17 de crédito inmobiliario en lo referente a la información precontractual (destacando la ficha europea de información normalizada).

No obstante, en la Recomendación de 1 de marzo de 2001 no se incluye ningún tipo de previsiones orientadas a la ejecución de la vivienda hipotecada, más allá de la información aportada al consumidor, pero en todo caso circunscrito a un momento precontractual y no ejecutivo. Sí podría señalarse una alusión indirecta a la ejecución de la hipoteca, en tanto que de la rúbrica 10º del Anexo II sobre información integrante del Código de conducta voluntario sobre la información precontractual para los créditos vivienda, relativo a la información sobre costes extraordinarios adicionales en caso pertinente se incluyen tanto los gastos judiciales como los de tasación del bien inmobiliario.

4. La Directiva 2002/47 y la regulación de la ejecución de las garantías prendarias en el ámbito financiero

Uno de los primeros actos legislativos en regular tanto la constitución de garantías como el proceso de ejecución de las mismas fue la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, armonizado conforme a la base jurídica de aproximación de legislaciones del mercado interior.

Si bien no es directamente aplicable a los créditos con garantía inmobiliaria, entendemos que es un claro punto de referencia en el estudio de la cuestión en tanto que establece determinadas medidas judiciales para la ejecución de garantías prendarias.

La finalidad perseguida por la directiva sería reforzar la seguridad jurídica de los acuerdos de garantía financiera, conminando a los Estados miembros que deben asegurarse de que no se aplican determinadas disposiciones de la legislación en materia de insolvencia (en España concurso de acreedores) que pudiesen impedir la efectiva realización de la garantía (considerando 5).

De este modo la Directiva 2002/47 consolida diferentes principios aplicables a los diferentes procedimientos ejecutivos nacionales. Destaca la necesidad de que procedimientos de ejecución sean rápidos y no formalistas con el fin de salvaguardar la

estabilidad financiera y limitar el “efecto contagio” en caso de que una de las partes incumpla un acuerdo de garantía financiera. Aun así, la Directiva 2002/47 no establece principios totalmente tuitivos del acreedor, sino que se orienta al establecimiento de un equilibrio entre la ejecución rápida y no formalista y la protección del garante o terceros. Ello redundaría en la confirmación expresa de la posibilidad de que los Estados miembros puedan mantener o introducir en sus respectivas legislaciones nacionales un control *a posteriori* que puedan aplicar los tribunales sobre la ejecución o valoración de la garantía financiera y el cálculo de las obligaciones financieras principales. De esta forma se permitiría a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si la ejecución o la valoración de los bienes se ha llevado a cabo de forma correcta (considerando 17).

En concreto se ofrece una posibilidad para los casos del derecho de prenda, en el que se facilita la posibilidad de aportar efectivo como garantía (entendiéndose como tal el dinero representado por un abono en cuenta, o derechos a devolución de dinero similares tales como cuentas de depósito del mercado de dinero, considerando 18).

Tal y como se matiza en el art. 1-4, la garantía financiera objeto de la Directiva entre otros requisitos debe consistir en efectivo o en instrumentos financieros, matizándose en el art. 2-1 a) de la misma Directiva que se considerarán como acuerdos de garantía financiar todo acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad o todo acuerdo de garantía financiera prendaria. Estos requisitos excluirían, de por sí, su aplicabilidad a garantías constituidas sobre bienes inmuebles, lo que traslada el objeto de la Directiva 2002/47 al terreno de la prenda y su ejecución. Y además se excluye a las personas físicas (art. 1-2 e) limitándose su aplicabilidad tanto del beneficiario como del garante a autoridades públicas o entidades financieras.

En particular, el artículo 2-1 1) define el supuesto de ejecución como aquel en el que un hecho de incumplimiento o cualquier otro similar determinado entre las partes que en caso de producirse permite al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía financiera suscrito o por los motivos determinados por la ley, realizar o apropiarse de la garantía financiera. En tal caso entraría en aplicación una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente. No se deja claro si el supuesto de ejecución tiene que ser judicial o no, o incluso a través de un medio alternativo de resolución de controversias.

El procedimiento de ejecución se regula en el art. 4 de la Directiva 2002/47. En el mismo se establece la obligación de los Estados miembros de permitir al beneficiario ejecutar las garantías financieras. Se ofrecen dos posibilidades: por un lado, mediante venta o apropiación y mediante compensación de su valor en el caso de tratarse el objeto de la garantía de instrumentos financieros, y de compensación de créditos o ejecución de las obligaciones financieras principales en caso de tratarse de efectivo. La apropiación directa se limita a los casos en los que expresamente se haya pactado entre las partes.

Entre los medios específicos para la ejecución de garantías, el art 4-4 establece un elenco de requisitos para que los Derechos internos no supediten la ejecución (como haber notificado la intención de ejecutar, que las cláusulas sean aprobadas por un tribunal o

autoridad administrativa, que la ejecución se haga mediante subasta pública o un plazo adicional) en aplicación del principio de celeridad y pretendiéndose una ejecución casi instantánea de la garantía. A ello se sumaría el art. 5-4 que establece que la utilización de la garantía prendaria por el beneficiario no invalida sus derechos o impide la ejecución, y el propio art 4-5 en cuya virtud la apertura o la continuación de procedimientos de liquidación o la adopción de medidas de saneamiento de la garantía no impiden la aplicación de la garantía.

Queda de este modo dibujado el régimen de ejecución de garantías prendarias financieras. No obstante, dada la especialidad del derecho y su restringido ámbito de aplicación (no aplicable a las personas físicas), aunque la Directiva 2002/47 constituye uno de los primeros textos de la Unión en establecer un régimen de ejecución especial aplicable a los Derechos procesales internos, por la naturaleza de la materia regulada (acuerdos de garantía financiera sobre instrumentos) los principios de rapidez y ausencia de formalismos habrían de matizarse necesariamente para la aplicación a la ejecución de bienes inmuebles, y por su razón de ser y los requisitos esbozados por la jurisprudencia del TJUE devendrían inaplicables a la relación entre consumidor y profesional. No obstante, ofrecen un valioso ejemplo de aplicación de principios específicos y desarrollo específico de normas de ejecución especial en la normativa comunitaria.

Debe señalarse que en la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 10 de noviembre de 2016, asunto C-156/15, caso «Private Equity Insurance Group» SIA el Tribunal Supremo de Letonia planteó cuestión prejudicial en la que, entre otros puntos, discutía la validez de las disposiciones contenidas en la Directiva 2002/47 conforme al principio de igualdad de trato contenido en el art. 20 CDFUE. La razón era el tratamiento legal de los beneficios procesales dados a los acreedores en procedimientos de insolvencia, la cual adquiriría tal grado de preferencia que incluso se posicionaba sobre otras garantías inscritas en registro público (como la hipoteca). El TJUE dictaminó que no se revelaba ningún factor que pudiera afectar a la validez de la Directiva 2002/47 con respecto a dicho principio (p. 53) al entender que la Directiva observaba el principio de efectividad al tratar mejorar la seguridad jurídica y fomentar la eficacia de las garantías financieras a fin de garantizar la estabilidad del sistema financiero (p. 51). Igualmente, el ámbito de aplicación de la misma se entendió limitado, debiendo mediar una de las personas contenidas en el art. 1-2 e) de la Directiva, y dada la figura jurídica el garante había aceptado previamente una forma de desposesión de los activos (p. 52). De esta forma el régimen analizado se entendió objetivamente justificado y proporcional, respetuoso con derecho a la igualdad de trato del art. 20 CDFUE.

5. Los informes de grupos de expertos en materia de armonización del derecho de hipoteca

5.1 El informe del Grupo del Foro sobre el Crédito Hipotecario creado por la Comisión Europea

La Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001 dio lugar a un profundo debate en el plano europeo sobre la armonización del mercado hipotecario en la Unión Europea.

De este modo en marzo de 2003 la Comisión creó el Grupo del Foro sobre el Crédito Hipotecario, presidida por Eric DUCOULOMBIER, con el objeto de identificar los obstáculos al buen funcionamiento del mercado interior en lo referente al crédito hipotecario, evaluar el impacto de tales obstáculos en el funcionamiento del mercado interior; y hacer recomendaciones a la Comisión para hacer frente a esos obstáculos⁵⁰⁸. Para ello el informe se pronunció sobre diferentes cuestiones jurídicas, económicas y financieras en el que participaron representantes tanto del sector bancario como de los consumidores.

Es en este Foro sobre el Crédito Hipotecario promovido por la comisión donde se empezó a debatir sobre criterios comunes para la ejecución de la hipoteca. De hecho una de las propuestas del Foro es el de realizar un ejercicio de evaluación de los procedimientos de ejecución hipotecaria (venta forzosa en la terminología del Informe) para supervisar el funcionamiento de los procedimientos de ejecuciones y evaluar los resultados cada tres años para presentar un marcador oficial de la Unión sobre la duración y el coste de los procedimientos de venta forzosa en cada Estado miembro y dar lugar a un asesoramiento/acción de la Comisión para introducir mejoras y reducir los plazos de duración de la ejecución hipotecaria (que el Foro en su informe propone con un máximo de dos años, p. 5).

Uno de los aspectos puestos de relieve por los representantes de los consumidores en el informe fue la tasación de la propiedad de cara a la ejecución (p. 25 del Informe del Foro). Para los mismos los prestamistas podían utilizar el precio para estimar el valor que alcanzaría la propiedad en un procedimiento de ejecución de la hipoteca, perjudicándose igualmente la transparencia y comparación de ofertas.

⁵⁰⁸ Ducoulombier, E. y Shewaram, H., *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets*, 2004, p. 2.

De este modo la tasación de la propiedad y sus efectos tanto respecto a la suscripción del contrato de hipoteca como a su eventual ejecución se ubicó en el centro del debate como factor determinante del riesgo del crédito. En primer lugar, se señaló la necesidad de obtener información de buena calidad y transparente sobre la valoración de un inmueble (sobre todo en operaciones transfronterizas). Entre otras barreras detectadas en relación a la tasación del inmueble se señaló la diferencia en los métodos empleados por los Estados miembros para una valoración exacta de la propiedad (en elementos como la necesidad de cercanía del tasador al bien tasado), así como la existencia de metodología y normas diferentes en formato distinto, existiendo incluso diversidad de criterios en el plano interno de los Estados.

Ante la existencia de diversidad de criterios para la tasación de los inmuebles (como el valor de mercado y el valor a efectos de préstamo determinado por las partes) el Foro convino que, si bien era aconsejable permitir a los Estados seguir manteniendo sus normas para regir las valoraciones de los tasadores, esta era una circunstancia susceptible de afectar al reconocimiento continuo en la actividad transfronteriza. Ante este escenario se propuso el establecimiento de normas comunes acordadas internacionalmente pero aplicables con carácter voluntario para su implementación progresiva entre los prestamistas⁵⁰⁹.

En cualquier caso, se puso de relieve una tensión entre las propuestas de los representantes de la industria bancaria y de los consumidores. Los representantes del sector bancario propusieron que en futuras legislaciones se admitiesen las tasaciones elaboradas con arreglo a las normas de valoración internacionalmente reconocidas de su elección, sin estar sujetas a condiciones nacionales adicionales. Por su parte los representantes de los consumidores abogaron para que la Comisión se asegurase de la prevalencia de normas internacionales de valoración neutrales en la tasación de bienes susceptibles de gravarse con hipoteca, o que existiera una norma de valoración única que garantice la comparabilidad.

La ejecución de la hipoteca (en su dimensión transfronteriza) fue también objeto de debate en el Foro sobre el Crédito Hipotecario (p. 27 y ss.). Partiendo del consenso de que el tribunal o autoridad competente para el procedimiento debía ser aquel en cuya jurisdicción se encontrase el inmueble, aplicándose igualmente el derecho del país en el que se encontrase (*lex rei sitae*) se entendió que la eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria era esencial al ser el fundamento de la garantía hipotecaria. Este argumento se sustentó en el hecho de que la garantía hipotecaria constituía la piedra angular del sector de los préstamos hipotecarios al conferir la seguridad de que en caso de incumplimiento la reclamación sería satisfecha. En el Foro Europeo se puso de relieve igualmente el argumento la mayor facilidad para la ejecutividad del crédito como

⁵⁰⁹ Como las Normas Internacionales de Valoración (publicadas por el Consejo de Normas Internacionales de Valoración (IVSC), el libro rojo de la Royal Institution of Chartered Surveyors o los Estándares Europeos de Tasación o EVS del Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores o TEGoVA.

circunstancia que permitía al consumidor beneficiarse de un tipo de interés más bajo como contrapartida del establecimiento de esa garantía en apoyo a la regla de competencia.

El Foro sobre el Crédito Hipotecario detectó dos tipos de barreras para la armonización de la ejecución de la hipoteca⁵¹⁰: legales y sistemáticas. Respecto a las legales, se puso de relieve que los procedimientos de venta forzosa son diferentes en todos los Estados miembros. No obstante, se apreciaron similitudes en los principales principios subyacentes. Una de ellas era que los procedimientos de quiebra o concursales tenían efectos diferentes en los procedimientos de venta forzosa en toda la Unión, tanto para el consumidor como para el prestamista.

Entre las sistemáticas se señaló que en toda la Unión la duración del procedimiento de ejecución variaba de un Estado miembro a otro, como resultado de factores como la sobrecarga de los sistemas judiciales, las tradiciones y la duración de los plazos legales. Otro obstáculo señalado fue la variación del costo del procedimiento entre los Estados miembros. La duración del procedimiento de venta forzosa, en particular, podía tener un efecto directo en el costo, en tanto que podía variar de 2 a 3 meses a 5 a 7 años. Todo ello al margen de las divergencias del idioma y el sistema jurídico, que hacen precisar un conocimiento sustancial de cada ordenamiento jurídico en el que se pretende la ejecución repercutiendo todo en un costo adicional.

En cualquier caso, en el Foro se consideraron dos posibles vías de acción: por un lado, la armonización en sí de los procedimientos de ejecución hipotecaria y la mejora de los sistemas nacionales. La primera opción se vislumbró como una “tarea inmensa” en tanto que tendría que abordar muchas esferas relacionadas con el derecho y el procedimiento civil, incluyéndose el derecho a la vivienda. A ello se sumaba la variedad de sistemas y tradiciones jurídicas que entrañaba.

Otro de los problemas apreciados fue que la armonización no podría abordar los problemas sistemáticos en los que diferían los diferentes Estados Miembros, como la sobrecarga de los tribunales o los niveles relativos de actividad litigiosa.

Teniendo en cuenta lo arriba descrito se planteó que el objetivo de política en lo que respecta a la mejora de los sistemas nacionales sería el fomentar el desarrollo de procedimientos de ejecución eficientes, eficaces en función de los costos y sencillos, capaces de conferir seguridad a la garantía hipotecaria y permitan al prestamista conceder y al prestatario obtener un crédito más barato. Para el Foro esto podría lograrse midiendo

⁵¹⁰ Como señala SIMÓN MORENO, el Oliver Wyman Report de 2003 advirtió de un complejo entramado de barreras que podrían constituir en sí mismas un claro obstáculo a la armonización del Derecho hipotecario en el plano europeo. Entre otras, la relación coste/beneficio para la apertura de un negocio en otro Estado miembro, las dificultades para acceder a la información de los mercados hipotecarios de otros Estados miembros, la divergencia de los sistemas hipotecarios a la hora de determinar la protección del deudor en sede de ejecución, las dificultades de ceder préstamos en algunos mercados, la regulación divergente en materia de consumo, las tasas fiscales cuando el banco se encuentra autorizado en el Estado miembro en cuestión, la falta de una moneda común en algunos países como Dinamarca, o la política de vivienda. Vid. SIMÓN MORENO, H., *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 34-35, todas ellas que hacemos nuestras en el presente trabajo.

el funcionamiento de los diferentes sistemas jurídicos, a fin de identificar y promover la adopción más amplia de sus características positivas.

En la evaluación de la duración, el Foro tiene en cuenta para su determinación si el deudor no ejerce ningún mecanismo de defensa jurídica o si agota todos los mecanismos disponibles (siendo esta la única alusión del Foro a los mecanismos de defensa del deudor hipotecario, y ello en relación a los criterios para la determinación de la duración de la ejecución).

5.2 El informe del Instituto Europeo de Florencia

La iniciativa de la Comisión dio pie, como se ha comentado anteriormente, al afloramiento de las opiniones de diversos grupos de expertos internacionales constituidos a lo largo del territorio europeo. Por el interés de sus propuestas se hace conveniente, conforme al objeto del presente estudio, proceder a su síntesis.

Uno de ellos fue el informe del Instituto Universitario Europeo (EUI) de Florencia, en cooperación con el Instituto Notarial Alemán de Wurzburg (Deutsches Notarinstitut), coordinado por Christoph Schmid y Christian Hertel, quienes plantearon un estudio comparativo de los derechos de propiedad de los Estados miembros, así como del Derecho de hipoteca, publicado el 31 de mayo de 2005.

Si bien el objetivo principal del estudio fue plantear estructuras comunes respecto de los derechos de propiedad, el Informe del Instituto Europeo mostró como las diversas partes de cada sistema nacional (especialmente en lo referente a aspectos como el registro de la propiedad o la ejecución de la hipoteca) funcionaban como bloques autónomos en los que cada estado debía tener un sistema respectivo⁵¹¹.

El informe del Instituto Europeo de Florencia también dedica una parte al estudio de los parámetros comunes de la ejecución de la hipoteca⁵¹².

Un rasgo común principal sería que en la mayoría de los sistemas europeos el acreedor hipotecario puede iniciar el procedimiento de ejecución sin obtener primero un título judicial. En los sistemas legales con notario latino (como España o Italia), la

⁵¹¹ Schmid, C. y Hertel, C., *Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report*, Florencia, 2005, p. 8.

⁵¹² *Ibid.*, pp. 93-94.

ejecutoriedad se basaría por regla general en el carácter del instrumento auténtico. De hecho, en algunos países los instrumentos notariales son ejecutables por ley (como Francia o España). En otros países, se requiere una presentación adicional a la ejecución en el instrumento notarial para que tenga carácter ejecutivo (y suele formar parte del instrumento hipotecario, como Alemania). Y, por último, en los sistemas de derecho anglosajón tampoco resultaría necesario el procedimiento judicial previo.

La forma habitual de ejecutar la hipoteca sería mediante subasta pública, tal y como especifica el art. § 1149 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB⁵¹³), así como el art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Los países del *common law* como Inglaterra permiten la venta por el acreedor hipotecario de forma extrajudicial. No obstante, el acreedor hipotecario estaría obligado a cumplir determinados límites procedimentales para la protección del propietario.

Otro punto de aproximación sería la prohibición del pacto comisorio o *lex comisoria*, es decir, permitir al acreedor hipotecario adquirir la propiedad del terreno hipotecado en lugar del producto resultante de una ejecución o de una venta forzosa (como establece el mencionado art. § 1149 del BGB alemán⁵¹⁴).

De igual modo la hipoteca no daría una reclamación personal contra el propietario, sino sólo una reclamación real o sobre el inmueble garantizado. La reclamación de la cantidad se dirigiría contra la obligación real, que se circunscribiría a la garantía.

No obstante, al margen de estos rasgos comunes detectados por el Informe del Instituto Europeo de Florencia, se concluyó parcialmente que resultaría difícil imaginar que la legislación europea pudiese armonizar los procedimientos nacionales de ejecución hipotecaria (p. 94 del Informe).

5.3 El informe del grupo de expertos Mortgage Credit Foundation

⁵¹³ Según el cual no puede transferirse la propiedad del terreno a efectos de satisfacción de la deuda o de efectuar la venta del terreno por otros medios distintos de la ejecución (*verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken*).

⁵¹⁴ Si bien y como posteriormente se aludirá, la prohibición del pacto comisorio quedó diluido parcialmente en Italia con la transposición de la Directiva 2014/17/UE de crédito inmobiliario y en concreto con la introducción del art. 120-quinquiesdecies párrafo 3º del Texto Único Bancario a través del Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72, al permitir la adjudicación directa del bien (reunidas las condiciones del artículo) al acreedor hipotecario incluso si el valor del bien fuese inferior a la cuantía del préstamo (si bien se permite la devolución del exceso de valor al alza al deudor si lo hubiera).

Otro informe de similar trascendencia fue el denominado “Directrices básicas para una Eurohipoteca” (*Basic Guidelines for a Eurohypothec*), elaborado en 2005 por iniciativa del grupo de investigación “La Eurohipoteca: una hipoteca común para Europa” de la *Mortgage Credit Foundation* y bajo la coordinación de Agnieszka DREWICZ-TUŁODZIECKA, cuya principal intención se basó en crear la propuesta de una institución común (la Eurohipoteca) entre los diferentes Estados miembros como instrumento adicional para facilitar el desarrollo de un mercado de crédito transnacional. Sobre la base de que la hipoteca consiste en una institución jurídica regulada por el Derecho nacional por la inexorable aplicación del principio *la lex rei sitae*, el grupo se planteó que ello no era obstáculo para asegurar ciertas normas europeas comunes que facilitarían las transferencias transfronterizas.

El estudio de este grupo, más centrado en la armonización en su conjunto del Derecho real de hipoteca, abordó la uniformización de la ejecución hipotecaria en el documento de trabajo derivado del informe⁵¹⁵. El objetivo de dicho grupo de investigación no fue tanto la modificación de los ordenamientos jurídicos para adaptar la institución de la hipoteca. Su filosofía principal se centró en intentar proponer y sintetizar un nuevo régimen jurídico europeo, como modelo común de un nuevo derecho de garantía hipotecaria (Eurohipoteca) y limitar la actuación legislativa de los Estados miembros a optimizarlos para permitir el funcionamiento en el país de la Unión en cuestión⁵¹⁶.

Para el grupo de Eurohipoteca la calidad de una garantía real sobre un bien inmueble dependía de la eficacia de la ejecución. Y por lo tanto debía garantizarse un procedimiento eficaz para la ejecución.

Entre las normas propuestas, y siguiendo la preocupación del Grupo del Foro del Crédito Hipotecario creado por la Comisión Europea, el establecimiento de una duración máxima es propuesto. Para el grupo de Eurohipoteca se propone una duración máxima de 12 meses desde la petición de la ejecución (a diferencia del Grupo de la Comisión, que propone un periodo de 2 años) para que la ejecución pueda llevarse a cabo y las sumas obtenidas del producto de la ejecución se paguen al titular de la hipoteca incluso si el propietario del bien o el deudor hipotecario emplea todos los recursos dentro del procedimiento y se aprovechan plenamente todos los plazos. En este caso recaería sobre los Estados Miembros la obligación de controlar el cumplimiento del plazo y adoptar las “medidas necesarias” para lograr la eficacia de los procedimientos (si bien no se especifica el tipo de medidas).

Otra de las regulaciones propuestas estaría en relación con la carga de la prueba. Para el grupo de Eurohipoteca el titular del préstamo gravado con hipoteca debería poder

⁵¹⁵ Drewicz-Tulodziecka, A., *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, Varsovia, 2005, pp. 20 y ss.

⁵¹⁶ NASARRE AZNAR, S., «Reacciones al libro verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la eurohipoteca», en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E. (coords.) *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008, pp. 163-164.

iniciar e impulsar los procedimientos de ejecución sin tener que demostrar los detalles del préstamo y las relaciones jurídicas establecidas ante el tribunal sin prueba de la deuda, sino simplemente basándose en las pruebas la titularidad de la hipoteca misma.

En cualquier caso y a pesar de las disposiciones sobre carga de la prueba el procedimiento propuesto ofrecería al propietario la posibilidad de oponerse mediante alegaciones derivadas del contrato de préstamo o del acuerdo de garantía en un proceso jurídico formal. En tal caso, si el propietario impugna el importe o la existencia de la deuda, el grupo propone que la carga de la prueba recaiga sobre el titular de la hipoteca. Esta sería la primera propuesta pública sobre una regulación común de los derechos del deudor hipotecario en el seno del proceso de ejecución.

Respecto a la apelación o impugnación del proceso de ejecución, el grupo de Eurohipoteca propone que el proceso de ejecución hipotecaria sea llevado a cabo por un órgano judicial o incluya en cualquier la posibilidad de recurrir ante un órgano judicial. Esta opción alternativa sería previsible para aquellos ordenamientos que permitan la ejecución extrajudicial de la hipoteca.

De igual modo se propone un mantenimiento del rango hipotecario del deudor hipotecario. En la ejecución deben protegerse todos los derechos anteriores al acreedor solicitante: el producto obtenido del precio de subasta debe, como mínimo, satisfacer todos los derechos anteriores al acreedor demandante, o puede prever que esos derechos sigan existiendo. En cualquier caso, los derechos de igual rango y de rango posterior, así como el derecho del propio acreedor solicitante se extinguirían por la ejecución. Y los derechos extinguidos serían satisfechos con el producto en el orden de su rango, pudiendo permitirse el derecho a sustituir al acreedor que solicita la venta o la subasta a cada acreedor que sufra la pérdida de un derecho por la venta o la subasta.

Respecto a la concurrencia con procesos concursales o derivados de la insolvencia se propone un no deterioro del rango que la hipoteca daría al titular de la misma para obtener la plena satisfacción del crédito garantizado. Para el grupo de Eurohipoteca el orden de prelación de créditos no debe modificarse en los procedimientos de ejecución en perjuicio de la hipoteca, con excepción de los gastos del administrador concursal relacionados con la propiedad, a los que se admitiría como posible el otorgar un rango superior. En este tipo de supuestos la ejecución de la hipoteca no debe esperar a la insolvencia o concurso del propietario para la realización de otros bienes, sino que se propone su enajenación separada a la masa de insolvencia. Por ello, la ejecución de la hipoteca no debería interrumpirse o detenerse por la apertura o solicitud de un procedimiento de concurso o insolvencia. La posibilidad de iniciar la ejecución de la hipoteca debe ofrecer la posibilidad de tramitarse potestativamente bien sea a través un procedimiento separado del concurso o a través del administrador concursal. Pero en cualquiera de los dos casos la ejecución sólo podría suspenderse por decisión judicial y con el fin de asegurar las operaciones de la masa del concurso de forma limitada (proponiéndose el plazo máximo de un año).

6. Los trabajos preparatorios de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

6.1 El libro verde “El crédito hipotecario en la Unión Europea”

El primer paso para la positivización concreta del Derecho hipotecario europeo se plasmó en el libro verde “El crédito hipotecario en la Unión Europea” (COM (2005) 327 final), presentado por la Comisión el 19 de julio de 2005, cuyo propósito principal se erige en evaluar las ventajas que aportaría la intervención de la Unión en los mercados de créditos hipotecarios de vivienda (considerando 1).

Además de los argumentos basados en la competitividad, la integración de los servicios financieros y la importancia y de las repercusiones de los préstamos hipotecarios en la economía de la Unión (como se señala en el documento, en el año 2004 el valor de los préstamos hipotecarios de vivienda pendientes de reembolso representaba alrededor del 40% del PIB de la UE), el fundamental atendería al hecho de que el crédito hipotecario es un producto que puede demandarse y ofrecerse con pocos obstáculos en la Unión, lo que aumentaría la diversidad de productos ofrecidos así como la convergencia de precios (c. 3). Y en especial, de los préstamos hipotecarios para fines de consumo, con los consiguientes riesgos que traerían consigo⁵¹⁷.

Otros beneficios complementarios señalados por la Comisión (c. 12) serían la bajada del coste general de los préstamos hipotecarios o de vivienda; un carácter más complejo de los productos auxiliares (como el seguro hipotecario) así como otros productos básicos relacionados con los créditos hipotecarios (como las hipotecas flexibles) así como dar servicio a más prestatarios, incluidos los marginados en muchos mercados de créditos hipotecarios. En la opinión de la Comisión, unas condiciones

⁵¹⁷ En relación al riesgo, y como advierte algún autor, con la armonización del mercado hipotecario se conseguiría poner a disposición del consumidor una gama más amplia de productos, que les permitirá elegir el producto óptimo para sus preferencias de riesgo e intenciones de inversión. Vid. PAVLA, V., «Reduction of legislative barriers on consumer and mortgage loan markets», *Munich Personal RePEc Archive*, vol. 25252, 2009, p. 2.

similares y homogéneas para la prestación del servicio de concesión de préstamo garantizado con hipoteca (así como de la ejecución) ampliaría el mercado de crédito hipotecario a potenciales prestatarios.

De este modo la Comisión abrió a proceso de consulta tres bloques de cuestiones. Un primero relativo a la protección de los consumidores (respecto a cuestiones como la información precontractual, el asesoramiento, la amortización anticipada, el tipo anual efectivo o los medios alternativos de solución de disputas), otro segundo respecto a cuestiones jurídicas diversas (como la legislación aplicable, la tasación del inmueble, o la materia que ocupa el presente trabajo) y un tercero y último relativo a la misma garantía real inmobiliaria (como el papel de los registros de la propiedad nacionales en el reflejo de las cargas sobre el derecho de propiedad, o la posibilidad de adaptar una Eurohipoteca en los términos del informe presentado por la *Mortgage Credit Foundation* antes analizado).

Entre las cuestiones abiertas al proceso de consulta por la Comisión se encontraba la propia ejecución de la hipoteca y, por extensión, la tasación del bien inmueble.

En relación a los medios de ejecución, una de las cuestiones objeto de preocupación se centró en el fomento de la mediación o el arbitraje (especialmente en procedimientos transfronterizos, p. 30 del Libro Verde) y su posible implantación obligatoria y adaptación a los asuntos relacionados con el Derecho hipotecario.

Respecto a la ejecución judicial en sí misma considerada, la Comisión parte de la idea de que, si bien la garantía real es un aspecto fundamental de las operaciones de crédito hipotecario, igualmente lo constituiría la capacidad de ejecutar la propiedad hipotecada por el préstamo y que constituye esa garantía mediante su venta forzosa. La Comisión fue consciente del contexto complejo en el que se desarrollaban los diferentes procedimientos de ejecución, viéndose afectados por diversos factores entre los que se incluían las múltiples legislaciones de los Estados miembros, procedimientos civiles y las tradiciones judiciales (p. 29).

Uno de los aspectos que más preocuparon a la Comisión fue la variación de la duración y el coste de los procedimientos en cada uno de los Estados miembros. Esta variabilidad fue interpretada como una dificultad para estimular la actividad transfronteriza y asimismo como un factor incrementador del precio final de los créditos hipotecarios (p. 41).

De este modo se interesó en el coste y duración de dichos procedimientos y su eficacia en la protección de los intereses de todos los implicados (tanto prestamista ejecutante como consumidor ejecutado) para presentarla en un marcador actualizado con regularidad para que en el supuesto de que el procedimiento en cuestión no resultase eficaz, considerar la posibilidad de presentar medidas más rotundas (si bien, a fecha de elaboración del presente trabajo, tal marcador no ha sido publicado).

En un sentido similar podría incluirse, dentro de los factores susceptibles de afección a la ejecución hipotecaria, las consultas relativas a la tasación del bien inmueble (pp. 37 y 38 del Libro Verde). En línea con la propuesta del Grupo del Foro sobre el Crédito Hipotecario, la Comisión entendió que la tasación del bien inmueble adquiere sustancial relevancia para la operación de crédito hipotecario y la forma en que se utiliza puede afectar directamente a la naturaleza, a la financiación y a las normas aplicables al crédito. Ahí es donde adquiriría un matiz de singular relevancia las cualificaciones del tasador, el proceso de tasación y el valor resultante.

De este modo, siendo consciente la Comisión de la variación de las normas de tasación entre los diferentes Estados miembros, se entendió que un factor a unificar podría ser el aumento de la comparabilidad entre tasaciones para que la variedad de normas de tasación estuviese relacionada con las necesidades reales de los mercados inmobiliarios y no pudiese inhibirse la actividad transfronteriza. Tal homogenización podría conseguirse con la institución de una norma única, así como con la coexistencia de normas competidoras mutuamente reconocidas, cuya idoneidad se sometió a consulta.

6.2 La Resolución del Parlamento Europeo sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea

El impulso armonizador de la hipoteca a nivel comunitario conllevó que el Parlamento Europeo se pronunciase en su Resolución sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea (2006/2102(INI))⁵¹⁸, de 19 de octubre de 2006, cuyo ponente fue el eurodiputado británico John PURVIS.

El informe, que parte sobre la asimilada base de que el crédito hipotecario constituye un mercado amplio que forma parte vital de la estructura económica y social de la Unión (punto A), encaja la acción legislativa de la Unión los posibles obstáculos susceptibles de dificultar el ejercicio de los derechos de los prestamistas a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento en otros Estados miembro (p. 18 de la Resolución del Parlamento Europeo).

El informe alude a la ejecución hipotecaria en el punto O, al enunciar que, dada la suma complejidad del mercado hipotecario, existen grandes discrepancias en diferentes elementos como los sistemas jurídicos y las culturas de financiación, la propiedad

⁵¹⁸ DOCE, n° 314 E de 21/12/2006 pp. 136 – 142.

inmobiliaria, las garantías reales, los contratos de crédito, las cuestiones relativas a la tasación, la misma ejecución (que se denomina en la traducción del informe como subastas forzosas) o los sistemas de refinanciación. De tales ámbitos la realidad sería notablemente variable de un país a otro a juicio del ponente, pero en cualquier caso guardarían entre sí una estrecha relación.

Más allá de esta apreciación la Resolución no efectuaría más aportaciones significativas, más allá de declaraciones formales y generales como la celebración de los esfuerzos de mejora y armonización en el ámbito de la legislación en materia de subasta forzosa (p. 39).

6.3 El Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea

Efectuada la consulta abierta con el Libro Verde, y ya en el pértico de la Gran Recesión, la Comisión publicó el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea el 18 de diciembre de 2007 (COM/2007/0807 final).

A pesar de los efectos del mercado de hipotecas de alto riesgo de Estados Unidos en el surgimiento de la crisis económica, como admite el propio Libro Blanco en su introducción, la unificación del mercado y el derecho hipotecario se justifica (p.2) en el hecho de que la eliminación de los obstáculos a las libertades del mercado incrementaría la actividad transfronteriza, reduciéndose los tipos de interés. Todo ello facilitándose la oferta y financiación transfronteriza de créditos hipotecarios, aumentándose la gama de productos ofrecidos y mejorando la confianza con los consumidores.

El punto 4.2 del Libro Blanco se ocupó de la tasación, registros de la propiedad y ejecución hipotecaria.

Como idea preliminar la Comisión consideró que los Estados debían hacer más eficientes sus procedimientos de ejecución forzosa, así como del registro de la propiedad. La razón es que el procedimiento se contempló como un factor susceptible de encarecer la actividad de los prestamistas hipotecarios, así como aumentador de la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía, reduciendo la eficiencia de los proveedores y disuadiendo a posibles nuevos operadores.

De este modo la Comisión se comprometió a publicar con carácter periódico marcadores actualizados con información objetiva sobre el coste y la duración de los procedimientos tanto de inscripción de la obligación en los respectivos registros como de ejecución hipotecaria en caso de impago en todos los Estados miembros (si bien nunca se llegó a publicar, destacándose el factor de la acentuación de la Gran Recesión). Igualmente, la Comisión, se comprometió a presentar una recomendación (de forma similar a la del 2001, si bien tampoco llegó a publicarse) conteniendo entre otros puntos un exhorto a los Estados miembros para velar por que sus procedimientos de ejecución hipotecaria tengan una duración y un coste razonable, para que los registros de la propiedad pudiesen consultarse en Internet y ser más transparentes y fiables (incluyéndose costes ocultos o no deducibles a simple vista); para llamar a los Estados a adherirse al proyecto del Servicio Europeo de Información Territorial o EULIS, patrocinado por la Comisión (si bien ya desaparecido) y a facilitar el uso de los informes de tasación de otros países así como impulsar la elaboración y utilización de criterios fiables de tasación.

Para el año 2008 hubo un compromiso de presentar una Recomendación sobre los registros de la propiedad, las ejecuciones hipotecarias y la tasación de los bienes, así como marcadores con información sobre el coste y la duración de los procedimientos de registro de la propiedad y de ejecución hipotecaria. Ninguna de estas propuestas llegó a materializarse.

6.4 La Propuesta de Directiva de la Comisión sobre los contratos de crédito para uso residencial. La adecuación a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad

Pasados tres años desde la publicación del Libro Blanco, la Comisión finalmente publicó la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial el 31 de marzo de 2011 (COM (2011) 142 final).

En general el tratamiento europeo de la tasación inmobiliaria fue bastante tibio: en el considerando 7º se sostenía que, en los ámbitos no cubiertos por la Directiva, los Estados miembros conservarían la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales. Entre las mismas se contenían el poder mantener o adoptar disposiciones, entre otras materias, en la tasación de los bienes, las cuestiones postcontractuales o la gestión de los impagos.

La Comisión fue consciente del escenario de crisis económica en el que nacía la propuesta, cuya base esencial era crear un mercado interior de crédito hipotecario. La crisis financiera afectó considerablemente a los ciudadanos de la UE, y en particular y de forma directa a los consumidores. Al aflorar las prácticas bancarias habituales con repercusiones directas en la exigibilidad del préstamo y su cuantificación se originó una desconfianza generalizada en el sector bancario. De hecho, la comisión señaló como factores de relevancia que los prestatarios habían ido experimentando cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, lo que provocó un aumento de los impagos y consiguientemente de las ejecuciones de hipoteca. De ahí surgió la necesidad de acometer una reforma financiera para combatir la concesión y contratación de préstamos irresponsables.

No en vano, como concluye la doctrina económica (SAMARINA, ZHANG y BEZEMER), la armonización jurídica es un factor que contribuiría a disminuir la sincronía de los ciclos de crédito hipotecario y empresarial, en lo que respecta a la expansión y contracción de las posibilidades de acceso al mercado de crédito⁵¹⁹. De esta forma se paliaría o prevendría el efecto macroeconómico comúnmente denominado como “crisis”.

Fue precisamente este escenario de crisis el que ocasionó precisamente un cambio de la concepción y análisis tradicional en la órbita europea del proceso de ejecución hipotecaria. Ya no sólo se pasó a contemplar como un instrumento para el ágil recobro del crédito bancario, sino que empezó a percibirse como un elemento conculcador del derecho de vivienda del consumidor en los casos muy habituales en los que el crédito hipotecario se constituía sobre la vivienda habitual. Es por ello por lo que puede entenderse la no elaboración de los marcadores comparativos de la Comisión sobre la rapidez y duración de los procesos de ejecución entre los diferentes Estados de la Unión, y la despreocupación institucional por la duración máxima del procedimiento.

De hecho, en el contexto general de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva se apuntó a la contratación irresponsable como elemento determinante de la pérdida de la vivienda habitual de muchos consumidores. En palabras de la comisión, los niveles de endeudamiento de las familias aumentaron en toda Europa, que, aun no siendo un indicativo de la concesión y contratación de préstamos irresponsables, las cifras apuntaban al hecho de que a los ciudadanos les resultaba cada vez más difícil devolver sus deudas (en palabras de la Comisión) lo que llevó al aumento de la tasa de morosidad y de las ejecuciones hipotecarias. Y si bien podían apuntarse factores distintos de la concesión y contratación de préstamos irresponsables, como la crisis, los testimonios cualitativos de los interesados demostraban que el problema no era cíclico, sino que se extendió a toda la Unión.

Fue precisamente la ejecutabilidad de la hipoteca uno de los elementos tenidos en cuenta en el análisis de impacto de la propuesta de Directiva, y por la que a lo largo del borrador original no se hicieron propuestas sobre la armonización de la ejecución de la

⁵¹⁹ SAMARINA, A.; ZHANG, L. Y BEZEMER, D., «Credit cycle coherence in the eurozone: Was there a euro effect?», *Journal of International Money and Finance*, vol. 77, 2017, p. 93.

hipoteca (centrándose el borrador inicial más bien en la información precontractual, la evaluación de la solvencia del consumidor de cara a la contratación del crédito o los requisitos de supervisión bancaria, más justificables ante el escenario de crisis económica).

Sí que resulta de particular importancia el análisis sobre la adecuación de la propuesta de Directiva a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (punto 3 de la Propuesta).

Respecto al principio de subsidiariedad se argumentó que los objetivos de la acción pretendida no podían ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, debido a que en el mercado de las hipotecas inmobiliarias existían diversos obstáculos que se oponían a la libre prestación de servicios, la protección del consumidor y a la creación de un mercado interior. Estos obstáculos limitan la actividad transfronteriza, tanto de la oferta como de la demanda, y por lo tanto podían entenderse reductores de la competencia. De este modo se entorpecía la eficiencia de los prestamistas y aumentaba el riesgo de perjuicio para los prestatarios.

Una legislación puramente nacional podía incrementar el coste de los préstamos e impedir el desarrollo de actividad a este respecto. Y estos costes eran susceptibles de incrementarse en el caso de los prestamistas desearan ejercer una actividad transfronteriza. Esta limitación se trasladaba a los consumidores en tanto que los consumidores seguían contratando sus créditos hipotecarios primordialmente a escala local, y ello provocaba un desconocimiento respecto a las condiciones de otros lugares (y generándose consiguientemente falta de confianza) debido a una mala o insuficiente información. Y el temor de no poder hacer valer sus derechos legales se entendió como mermador de la protección jurídica en caso de problemas. En definitiva, se evitaría la generación de niveles de protección desiguales del consumidor en toda la Unión, favoreciéndose un mercado interior eficiente y competitivo.

Otro argumento aportado sobre una mejor regulación hipotecaria a nivel europeo fue la prevención de futuras crisis, pues al homogeneizarse las condiciones de préstamo a escala europea podía evitarse igualmente que los efectos de la contratación irresponsable pudieran trasladarse de un Estado a otro.

Respecto del principio de proporcionalidad, se entendió que la propuesta se limitaba a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos, no regulando todos los aspectos de la concesión y contratación de préstamos, sino solo ciertos aspectos clave de las operaciones de crédito hipotecario. Igualmente, la remisión a rondas de expertos para la elaboración de los borradores (de conformidad a la Declaración 39 al TFUE, y ya analizadas anteriormente) se entendió como justificación suficiente de la adecuación de la Directiva al referido principio.

6.5 El documento de trabajo de la Comisión de medidas y prácticas nacionales para evitar los procedimientos de ejecución de los préstamos hipotecarios de vivienda

Como ha quedado consignado anteriormente, dado el escenario de crisis económica y el impago masivo de préstamos hipotecarios en la Unión (achacado a la contratación irresponsable) la ejecución de la hipoteca quedó preterida de la propuesta de Directiva original sobre contratos de crédito para uso residencial presentada por la Comisión en marzo de 2011.

Es así que la Comisión comenzó a plantear la posibilidad de incidir en los procesos nacionales de ejecución hipotecaria a través del Documento de Trabajo del Personal de la Comisión “Medidas y prácticas nacionales para evitar los procedimientos de ejecución de los préstamos hipotecarios de vivienda” (*National measures and practices to avoid foreclosure procedures for residential mortgage loans*), como documento de acompañamiento a la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito relativos a la propiedad residencial (SEC(2011) 357 final), publicado el 31 de marzo de 2011.

La premisa del documento, planteado en su introducción, se centraba en la idea de que el incumplimiento de los pagos de las cuotas hipotecarias podía tener graves consecuencias para los propietarios de viviendas al desembocar en un procedimiento de ejecución hipotecaria, pero también para la sociedad en su conjunto por su impacto en la estabilidad financiera y social.

De esta forma la Comisión se propuso realizar un informe cuyo propósito principal se basó en ofrecer ejemplos y orientación a las autoridades públicas nacionales y a los acreedores sobre la forma de abordar el aumento de los impagos en toda la Unión y la posible evitación de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Otro de los objetivos de la Comisión fue integrar estas medidas orientativas en la propuesta de directiva de crédito inmobiliario para reducir la necesidad de recurrir a la ejecución hipotecaria.

El principal motivo que llevó a la Comisión a proponer una regulación, tal y como ella misma sostuvo, fue que todos los Estados Miembros experimentaron un aumento de las tasas de incumplimiento de los préstamos hipotecarios durante el periodo de 2008-2009. Ante la diversidad de tasas de incumplimiento presentes, los Estados Miembros parecían haber experimentado los efectos de la crisis de manera diferente, al disponer de

tasas de incumplimiento absoluto más altas unos que otros⁵²⁰. Este patrón se repitió respecto a la iniciación de procesos de ejecución hipotecaria⁵²¹.

Esto llevó a la Unión a analizar las posibles medidas derivadas de la comparación entre los ordenamientos de los diferentes Estados de la Unión para evitar los procesos de ejecución de la hipoteca, tanto derivadas de la práctica de los acreedores hipotecarios como las impuestas por las respectivas legislaciones internas.

Entre las prácticas puestas en práctica por los acreedores hipotecarios la Comisión tuvo en cuenta la conciliación, la mediación, la modificación de las condiciones del préstamo (novación) y un plazo mínimo para iniciar el proceso de ejecución.

Por conciliación, la Unión entendió el procedimiento encaminado a promover soluciones individuales para superar las dificultades de pago. Aquí podría incluirse, a modo de síntesis, el Código de Conducta sobre Créditos Hipotecarios de Países Bajos en cuya virtud si un consumidor no cumple sus compromisos, el prestamista debe entablar consultas con el consumidor y examinar si se puede encontrar una solución razonable antes de ejecutar. O el Código de Conducta de Irlanda sobre los Atrasos Hipotecarios (CCMA o *Code of Conduct on Mortgage Arrears*), según el cual el prestatario ante el impago entraría en un Proceso de Resolución de Atrasos Hipotecarios (MARP) cuando los atrasos sigan pendientes 31 días a partir de la fecha en que se produjeron los atrasos. En este caso el prestamista tendría la obligación de explorar una serie de opciones de pago alternativas para determinar cuáles son adecuadas a las circunstancias del prestatario.

Por mediación hipotecaria la Comisión interpreta el ofrecimiento de un entorno neutral y no conflictivo en el que los acreedores y los prestatarios puedan negociar bajo la dirección de los mediadores, que también ayudan a las partes a comprender y analizar los hechos y los problemas para encontrar soluciones eficaces. Tal sería el ejemplo de Francia, cuyo art. L316-1 de su *Code monétaire et financier* establece en los bancos la obligación de designar un mediador al que las partes puedan acudir. En el caso del CCMA irlandés, antes comentado, la mediación surgiría a petición del prestatario y con su consentimiento por escrito, debiendo el prestamista ponerse en contacto con un tercero.

Respecto a la modificación de las condiciones de los préstamos, esta práctica tendría por objeto ayudar a superar las dificultades económicas temporales antes de que puedan iniciarse los procedimientos de ejecución de las hipotecas. En tal caso debe

⁵²⁰ Tal y como aparece en el documento, las tasas de impago (referidas al volumen de préstamos hipotecarios de vivienda pendientes de pago en relación con el volumen total de préstamos hipotecarios pendientes) fue muy heterogéneo. Países como Francia (permaneciendo entre 2007 y 2009 siempre entorno al 0,44%) o Reino Unido (que pasó del 1,88% al 2,45%) se mantuvieron estables, mientras que países como Bulgaria (que pasó del 1,32% al 7,83%), Hungría (que pasó del 2,9% al 7,65%) o Grecia (del 3,6% al 6,4%) experimentaron una considerable acentuación de la tasa de impago de los préstamos hipotecarios. Fuente: Tabla 1 del documento de la Comisión citado en encabezamiento del subepígrafe.

⁵²¹ Hubo países que no experimentaron incremento, como Alemania (que pasó de las 91788 iniciadas en 2007 a 86617 en 2009) o Austria (de 7908 a 7920). Pero países como España (de 25943 a 93319 en 2009), Dinamarca (de 1015 a 2860) o Suecia (de 1904 a 3499) experimentaron por el contrario un notable incremento en el número de ejecuciones hipotecarias iniciadas entre el periodo 2007-2009. Fuente: Tabla 2 del documento de la Comisión citado en encabezamiento del subepígrafe.

evaluarse la capacidad del prestatario a largo plazo para devolver el préstamo. Como ejemplos se citan a Francia, cuyo art. L. 314-20 del *Code de la consommation* permitiría la suspensión de las obligaciones de pago de un prestatario a petición suya por un período máximo de dos años y en función de sus necesidades. O el “Piano famiglie” de la *Associazione Bancaria Italiana* suscrito en diciembre de 2009, que comprometería a los miembros de la Asociación Bancaria Italiana a considerar la suspensión de la reclamación de cuotas de la hipoteca a familias en determinadas circunstancias (pérdida del trabajo, la muerte o la discapacidad en hipotecas de hasta 150.000 euros, concedidas a los prestatarios con ingresos de hasta 40.000 euros anuales).

Aunque no se refleja expresamente en el documento de trabajo de la Comisión la experiencia española resulta igualmente ilustrativa con la llamada intermediación hipotecaria. Este procedimiento (si bien no se encuentra positivizado), constituyó una práctica consolidada basada en un método extrajudicial iniciado entre acreedor y deudor hipotecario mediante el que las partes, de cara a la inminente ejecución de la hipoteca, trataban de llegar a un acuerdo asistidos de un tercero (normalmente abogado especialista en Derecho hipotecario). Este sistema, generado y administrado al margen de mediación civil y mercantil regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se ha definido como un mecanismo híbrido a medio camino entre la mediación y la negociación asistida. Fue creado e impulsado por el Consejo General de la Abogacía que, desde enero de 2012 puso en marcha las Oficinas de Intermediación Hipotecaria, y además de ofrecer la intermediación en sí misma desempeñó otras funciones (como asesoramiento a prestatarios en riesgo de pérdida de la vivienda). La principal diferencia con la intermediación es la postura del mediador. Mientras que en la mediación el mediador adopta una postura de tercero neutro e imparcial, en la intermediación hipotecaria el intermediador toma una posición más favorable de la parte débil (ejecutado consumidor) que aconseja y se involucra directamente en la cuestión a la hora de formular sus propuestas⁵²².

La puesta en práctica de las anteriores conductas conllevaría la necesidad de fijar un período de espera mínimo antes de iniciar el procedimiento de ejecución. Por ejemplo, el art. 40 del *Testo Unico Bancario* italiano que obligaría a que se produjese al menos un

⁵²² QUESADA LÓPEZ, P. M., «La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria: problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria», en CABRERA MERCADO, R. y QUESADA LÓPEZ, P.M. (coords.) *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 200-202. Sobre la materia vid. ADAN DOMENECH, F., «La mediación en la ejecución hipotecaria», *Revista vasca de Derecho procesal y arbitraje*, vol. 28, 1, 2016, pp. 35 y ss., CASTILLO FELIPE, R., «Mediación obligatoria y proceso de ejecución hipotecaria: una visión crítica», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. DE LOS Á. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 649 y ss., BASTANTE GRANELL, V., «Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares», *Anales de Derecho*, vol. 31, 2013, pp. 180 y ss., CALLEJO CARRIÓN, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., «Mediación y ejecución hipotecaria: ¿Una convivencia posible?», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 597 y ss., y DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., «La intermediación hipotecaria como alternativa a la ejecución de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios. Especial referencia al Código de consumo de Cataluña», *Revista de Derecho civil*, vol. 7, 3, 2020, pp. 199 y ss.

impago verificado de siete cuotas o mensualidades antes de procederse a la ejecución. O la CCMA irlandesa, que establecería que el prestamista debe esperar 12 meses a partir de la fecha en que el prestatario entrase en el Proceso de Resolución de Atrasos Hipotecarios, antes de solicitar a los tribunales el inicio de una acción legal para la ejecución del inmueble.

Por otra parte, se puso de relieve los intentos de los Estados Miembros de paliar el fenómeno de las ejecuciones hipotecarias masivas. Entre otras medidas se señalaron los diferentes planes de rescate público (como el aplazamiento de al menos parte de los pagos de préstamos públicos hasta un momento en que hayan cesado los efectos de la crisis, como el caso de España con el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre; la posibilidad de vender la casa a una asociación de patrocinio público para volverla a comprar más tarde cuando sus ingresos sean lo suficientemente altos como para soportar los pagos mensuales completos siguiendo el modelo británico; creando ayudas financieras para los propietarios de viviendas desempleados o reduciéndose impuestos) o la proporción de asesoramiento jurídico o económico a los deudores en problemas para evitar el recurso a la ejecución.

De dichas prácticas la Comisión llegó a la conclusión de la necesidad de introducir normas destinadas a prevenir las ejecuciones hipotecarias o, iniciados dichos procedimientos, a limitar sus repercusiones sociales y económicas (p. 5 del documento de trabajo). Entre otras razones por el propio interés del acreedor ejecutante, en tanto que sería de su interés evitar el costoso procedimiento de ejecución hipotecaria, cuyo producto sería casi siempre inferior al de una venta no forzada. En tal caso la idea sería admitir la filosofía de que las ejecuciones hipotecarias deberían constituir una medida de último recurso para un prestamista con carácter previo al intento de reembolso alternativo o renegociación del préstamo. Y en todo caso, debiendo la legislación prestar una especial atención al supuesto de enajenación de la vivienda familiar por sus consecuencias sociales y humanas intolerables.

De este modo, se introdujo un claro criterio orientador en los trabajos preparatorios de la Directiva de crédito inmobiliario tendente a introducir disposiciones normativas con un mayor peso en la protección del consumidor o la vivienda habitual.

II. LAS NORMAS SOBRE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA EN LA DIRECTIVA 2014/17/UE, SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL

Teniendo en cuenta la trayectoria reflejada en el epígrafe anterior, con propuestas enunciadas ya desde el año 1966, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, fue el primer acto de Derecho secundario de la Unión Europea en codificar normas relativas a criterios comunes relacionadas con el Derecho real de hipoteca.

La Directiva, articulada bajo un total de 12 capítulos y 50 artículos, se ocupa de multitud de aspectos relacionados con la suscripción del contrato de préstamo garantizado con hipoteca y otras cuestiones (como la educación financiera del consumidor, el derecho de información en la realización del contrato incluyéndose la precontractual, el cálculo de la Tasa Anual Equivalente, la evaluación de la solvencia del consumidor, el asesoramiento del consumidor, la participación de intermediarios y el tema objeto del presente trabajo, como es la ejecución de la hipoteca).

El objeto de la Directiva, tal y como fija el art. 1, circunscribe la aplicación de la Directiva a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial⁵²³. Esto se concreta en su art. 3 a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial (por lo que no se tipifican los derechos nacionales amparables a la Directiva, sino que se establece un criterio objetivo) o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, así como los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

La base jurídica de la Directiva es el art. 114 del TFUE, y como se determina en el objeto sería una norma relativa a los créditos al consumo en el que una de las partes es un consumidor (remitiéndose el art. 4-1 a lo dispuesto en el art. 3-a de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo ya referida), por lo que aun no manifestándose expresamente por el legislador se concretaría en la dimensión de protección al consumidor contenida en el mismo art. 114-3 TFUE ya analizada. Por su parte el nivel de armonización es del considerado como armonización mínima, en tanto que permite en su art. 2-1 a los Estados miembros el mantener o adoptar disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor siempre que no sean incompatibles con el propio

⁵²³ Como apunta MUÑIZ ESPADA, E., «La política de la UE en materia de crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., MORENO-TORRES HERRERA, M.L., LÓPEZ FRÍAS, M.J. y CASADO CASADO, B. (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 103, por vivienda de uso residencial se entiende un concepto más amplio que el de vivienda familiar habitual, en tanto que no concierne a la habitabilidad, ni se identifica con residencia principal, ni tampoco a la primera residencia, sino a cualquier bien inmueble registrado que sea residencial y siempre que sea un consumido. Dadas las diferencias justificables de régimen que necesita la vivienda familiar habitual por razones de su protección, dicha autora propone un régimen más específico (sobre todo en relación a las disposiciones de ejecución de la hipoteca del art. 28 de la Directiva).

Derecho de la Unión (con los límites del párrafo 2-2, en el que no se afectan los preceptos que se analizarán en el presente epígrafe⁵²⁴.

Es precisamente la elección del art. 114 TFUE como base jurídica para la armonización de la Directiva de Crédito Inmobiliario la razón por la que sólo se armonizan determinados aspectos particulares de los acuerdos de crédito relativos a los bienes inmuebles residenciales. Los aspectos específicos de las garantías reales sobre bienes inmuebles residenciales no son objeto de armonización, aunque puedan ser de gran importancia para la protección del consumidor, precisamente por esta limitación. Llama la atención de la limitación en relación a los aspectos específicos de la protección del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria que, en caso de retraso en el pago, conducen a la realización de los bienes inmuebles residenciales, al no ser objeto amplio de armonización, a pesar de que constituye uno de los problemas más frecuentes en relación con la protección del consumidor y los préstamos para vivienda, en particular en los Estados miembros afectados por las diferentes crisis financieras⁵²⁵.

Respecto a la ejecución de la hipoteca cabrían destacarse dos preceptos fundamentales. El principal sería el art. 28 de la Directiva 2014/17, relativo a “demoras y ejecución hipotecaria”. Por su incidencia con el proceso de ejecución, tal y como hemos analizado de los puntos anteriores, se hará referencia igualmente al art. 19 de la Directiva, relativo a la tasación de los bienes inmuebles.

El artículo 28, principal vertebrador de las normas de ejecución de la hipoteca, así como las normas de tasación del art. 19, fueron introducidos como enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo en el debate de 10 de septiembre de 2013 (procedimiento legislativo ordinario, primera lectura 2016/C 093/35)⁵²⁶, siendo ponente el diputado del Grupo para la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas (S&D) Antolín SÁNCHEZ PRESEDO⁵²⁷. En su intervención inicial el ponente destacó que el alto nivel de protección de los consumidores y de inclusión financiera que suponía el proyecto de Directiva, y que la ejecución hipotecaria no podía ser la primera respuesta en caso de problemas, aludiendo a la limitación de los recargos por impago. Otros de los elementos introducidos fue el no impedimento de la dación en pago cuando las partes lo pretendan

⁵²⁴ Ello podría interpretarse por algunos autores como riesgo a la efectividad del propósito de la Directiva, en tanto a que, como advierte MAK, aunque es posible distinguir los elementos comunes de una política de préstamo responsable a nivel de la Unión, las normas específicas siguen siendo diversas de una jurisdicción a otra. Los mercados financieros tienen sus propias características particulares y los reguladores a nivel nacional (en este caso) son libres de ajustar sus políticas de préstamo responsable a las fuentes de riesgo que tratan de controlar. Vid. MAK, V., «What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *Journal of Consumer Policy*, vol. 38, 2015, pp. 428-429.

⁵²⁵ JOSIPOVIĆ, T., «Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 2014, p. 236.

⁵²⁶ Visto en web el 28 de junio de 2020 en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013AP0341&from=EN#ntr2-C_2016093ES.01029502-E0002.

⁵²⁷ Debate disponible en web el 28 de junio de 2020 en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20130910+ITEM-008+DOC+XML+V0//EN&language=EN>.

y el deber de asegurar que los Estados realizarán los mejores esfuerzos para conseguir el precio del bien ejecutado para evitar el sobreendeudamiento a largo plazo.

Otras intervenciones destacables en el debate fueron las del diputado del Grupo Parlamentario del Partido Popular Europeo Pablo ZALBA BIDEGAIN, quien acogió los argumentos del ponente al asegurar que la Directiva establecía unos “mínimos inembargables” (entendemos que inexcusables) cumplidos por el Derecho español (en materia de control de cláusulas abusivas, limitación a los intereses de demora o negociación entre las partes previa a la ejecución). Mediaron opiniones contrarias al tenor de la propuesta de Directiva, como las del diputado Willy Enrique MEYER PLEITE, del Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea, criticando en términos genéricos la cooperación de la Comisión con el sector bancario y apelando a una “función social de la vivienda”; intervención que fue replicada por el diputado británico Godfrey WILLIAM BLOOM, del Grupo Europa de la Libertad y la Democracia Directa, puntualizando que una limitación legislativa de la ejecución de la hipoteca acarrearía irremediamente una limitación del mercado hipotecario. O de la eurodiputada irlandesa Phil PRENDERGAST, del aludido Grupo S&D que acogió satisfactoriamente la inclusión de la enmienda con las medidas sobre ejecución de la hipoteca en el proyecto de Directiva como medida para prevenir el endeudamiento a largo plazo.

Las enmiendas adoptadas se mantuvieron intactas en la versión definitiva de la Directiva 2014/17.

1. Las demoras y la ejecución hipotecaria

El artículo 28, relativo a las demoras y la ejecución hipotecaria, se entronca con la temática del presente trabajo y puede señalarse como la disposición de la Directiva 2014/17 más dirigida a incidir en aspectos relacionados con los procedimientos internos de ejecución de la hipoteca.

El precepto en cuestión contiene varias normas articuladas en los distintos párrafos, de las cuales algunas son alternativas y permiten a los Estados miembros adoptar estrategias de aplicación diferentes (y, en cierta medida, opuestas) como las contenidas en los párrafos 2 y 3 así como en el 4. Otras disposiciones, por el contrario, pueden ofrecer una lectura más contradictoria (como el párrafo 1, que llama a los ejecutantes a mostrarse razonablemente tolerantes antes de recurrir a la oposición, y el 5º relativo a la mejor obtención del precio por la propiedad objeto de ejecución).

Es así que la correcta solución interpretativa de este artículo es como mínimo compleja, y como señala la doctrina supone un “Jano de dos caras”. El legislador europeo

se ocupa, por un lado, de buscar una solución para evitar el proceso de ejecución hipotecaria y la aplicación de sus obligaciones, pero por otra fija las condiciones económicas para la misma⁵²⁸.

De hecho, resulta llamativo el carácter abierto y amplio y de cláusulas generales de las obligaciones que se establecen a los Estados miembros y que ahora procedemos a analizar. Este factor ha sido señalado precisamente como uno de los principales riesgos en la armonización del Derecho privado, la tendencia a utilizar instrumentos menos vinculantes, a través de cláusulas generales, dispositivos de derecho indicativo, buenas prácticas, fijación de objetivos y establecimiento de parámetros de referencia⁵²⁹. De hecho, es tan palmaria la amplitud de las condiciones establecidas en el art. 28 de la Directiva 2014/17 que, como se analizará, gran parte de las fórmulas empleadas en los respectivos Derechos procesales internos son reconducibles en su tenor, más allá de provocar un efecto transpositivo o tratar de establecer parámetros mínimos u homogeneizadores.

Se critica como causa señalada del carácter abierto de este precepto el intento de la Unión de respetar al máximo posible las normas nacionales sobre proceso civil⁵³⁰. No obstante, cabría preguntarse si este intento por ser absolutamente escrupuloso con los diferentes regímenes nacionales de ejecución de la hipoteca no esteriliza el intento legislativo de la Unión, al no generar ningún tipo de repercusión efectiva en el acomodo legislativo interno.

Uno de los motivos del tenor del texto legislativo son las graves consecuencias sociales y económicas que puede acarrear el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado (como advierte el considerando 3º de la Directiva), por lo que el espíritu del texto normativo se basa, más que en fomentar la ágil realización de los préstamos garantizados con hipoteca, en la necesidad de limitar y prevenir futuras burbujas especulativas en el sector inmobiliario así como el endeudamiento excesivo e injustificado de los hogares europeos.

⁵²⁸ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», en SIRENA, P. (coord.) *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Gruppo 24 ore, 2016, p. 481.

⁵²⁹ VAN GERVEN, W., «Harmonization of private law: do we need it?», *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 532.

⁵³⁰ MÉNDEZ PINEDO, M. E., «Will the Directive 2014/17/EU on mortgage credit protect consumers in the next economic and/or financial crisis?», *Tribuna Juridică*, 16, 2018, p. 573. Otros autores señalan como motivo de la diversidad para las armonizaciones el hecho de que la naturaleza de los mercados hipotecarios es endémicamente local. Las diferencias entre los mercados hipotecarios pueden explicarse en parte por los diferentes marcos regulatorios, pero igualmente con otros factores como la cultura, las tradiciones legales e incluso hasta el idioma que también contribuirían a la diversidad de los mercados hipotecarios de la UE en su conjunto. Vid. STAFF, N., «Consumer Protection in Mortgage Lending A Comparative Analysis of the Impacts of the Mortgage Credit Directive in Sweden and the United Kingdom», *European Journal of Comparative Law and Governance*, vol. 3, 2016, p. 448.

1.1 La obligación del prestamista de mostrarse razonablemente tolerante antes de iniciar un proceso de ejecución

El párrafo primero del art. 28 establece que “*Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*”. Este artículo se entroncaría con el principio de equidad o corrección en las relaciones entre el acreedor y el deudor⁵³¹, y buscaría evitar que los acreedores hipotecarios recurriesen directamente al cauce ejecutivo ante el incumplimiento de un contrato de crédito inmobiliario encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/17, en línea con lo argumentado por la Comisión en su documento de trabajo de medidas nacionales para evitar los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Uno de los problemas que presentaría este punto sería la cuestión del cauce jurídico aplicable o a seguir (como imponer al acreedor la cooperación que no prestó espontáneamente). Ello hubiese hecho posible la adopción de una solución circunscrita y definida⁵³² que la propia norma omite.

Resulta de este modo de particular interés interpretativo la respuesta dada por el Vicepresidente de la Comisión Europea Valdis DOMBROVSKIS a la pregunta E-004089/2019 formulada en el Parlamento Europeo. Para garantizar la aplicación coherente de este artículo en toda la Unión sería preciso acudir a las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) sobre las demoras en los pagos y las ejecuciones hipotecarias EBA/GL/2015/12, publicadas el 19 de agosto de 2015⁵³³.

Este documento, dirigido en particular a las entidades financieras, establece en su Sección 4º cinco directrices estableciendo requisitos relativos a las demoras en los pagos y las ejecuciones hipotecarias.

Bajo la primera directriz, los prestamistas establecerán procedimientos y políticas para detectar, tan pronto como sea posible, aquellos consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos. Entre estas políticas se incluiría el suministro de información adecuada a través de sitios web y documentación escrita, así como la

⁵³¹ Como el presente en el art. 1258 del Código Civil español (*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*) así como el art. 1175 del Código Civil italiano: *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*.

⁵³² BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 484.

⁵³³ Disponible en web en <https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/consumer-protection-and-financial-innovation/guidelines-on-arrears-and-foreclosure>, visto el 24 de julio de 2020.

asistencia a los consumidores. De igual forma se alude a la proporción de una formación adecuada al personal encargado de las relaciones con consumidores con dificultades para atender los pagos.

La segunda directriz se centra en la gestión de las relaciones con el consumidor. En casos de dificultad para afrontar los pagos, el prestamista tendrá que colaborar para establecer las causas de la aparición de dichas dificultades y para que el prestamista adopte las medidas adecuadas. De este modo el prestamista y sus agentes estarían obligados a mantener un nivel de contacto y comunicación con el consumidor que sea proporcional a los deberes de información y no resulte excesivo.

La tercera directriz atendería al suministro de información y asistencia al consumidor. En rasgos generales, el prestamista habrá de comunicarse con un lenguaje claro y sencillo, y proporcionando asistencia y un conjunto de información a los consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos. Ello incluiría el número de pagos no atendidos o atendidos solo parcialmente; el importe total de los pagos no atendidos; los gastos incurridos como consecuencia de impagos; y la importancia de la cooperación del consumidor para resolver la situación. Si persistiesen las dificultades del consumidor para atender los pagos, el prestamista proporcionará otro tipo de información, como la relativa a las consecuencias de los pagos no atendidos (como los costes, el tipo de interés de demora, así como la posible pérdida de bienes, etc.) e información sobre los programas o ayudas gubernamentales o públicas a su disposición.

La cuarta directriz se centraría en la toma de decisión por parte del prestamista. En tal caso el prestamista tendrá en cuenta las circunstancias individuales del consumidor, los intereses y derechos de este y su capacidad para hacer frente a la deuda contraída a la hora de decidir qué pasos o medidas adoptar para la reestructuración o refinanciación de la deuda. En tal sentido se proponen dos concesiones para el consumidor: o bien la refinanciación total o parcial del contrato de crédito; o una modificación de las condiciones previas de un contrato de crédito. Esta modificación podrá incluir, entre otras condiciones: a) la ampliación de la duración del contrato de crédito; b) el cambio en el tipo de contrato de crédito hipotecario (respecto al pago de capital o intereses); c) el aplazamiento de la totalidad o de parte de la cuota hipotecaria por un periodo de tiempo; d) el cambio del tipo de interés; o, e) el ofrecimiento de un periodo de carencia.

La quinta y última directriz plantearía la obligación del prestamista de documentar las razones por las que la opción u opciones ofrecidas al consumidor son adecuadas a sus circunstancias personales, así como de crear y conservará los registros adecuados sobre sus relaciones con aquellos consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos.

Tales serían las orientaciones planteadas por la Autoridad Bancaria Europea para interpretar el art. 28-1 de la Directiva 2014/17. Tal y como establece el art. 16-3 del Reglamento nº 1093/2010 de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea la Autoridad Bancaria Europea, las autoridades nacionales competentes facultadas para controlar las entidades de crédito, así como las entidades financieras “harán todo lo posible para

atenerse a estas directrices y recomendaciones”. Es decir, no son directamente vinculantes, si bien son normas tendentes a su efectividad en tanto que se impone la obligación de las autoridades competentes y entidades financieras de confirmar si cumple o no con las directrices. Y en el caso de que la autoridad no la cumpla o decida no cumplirla debe comunicarlo a la ABA y exponer los motivos, que podrá publicar el hecho de que la autoridad competente no cumple o no tiene intención de cumplirla, así como de los motivos.

Algunos autores han comparado la obligación establecida en el art. 28-1 con la enervación del desahucio arrendaticio de permitir al arrendatario, una vez iniciado el proceso tendente al desalojo del inmueble por el impago de la renta, de impedir la resolución del contrato de arrendamiento pagando las rentas debidas⁵³⁴.

En todo caso este párrafo es criticado en tanto que los mecanismos descritos (negociación, aplazamiento...) no afectan directamente a la determinación del *quantum* adeudado, es decir, a la cantidad en que se paga y sus cuotas, y por lo tanto serían inadecuados para dar solución a situaciones de dificultad estructural del consumidor. El mero aplazamiento no conduciría sino a prolongar la fase patológica del impago (y de la ineludible ejecución) que no haría más que aumentar el coste del procedimiento y con ello el tipo de interés aplicado *ex ante*, sin eludir verdaderamente el problema⁵³⁵.

Manifestación de esta obligación de los Estados de mostrarse “razonablemente tolerantes” antes de iniciarse un proceso de ejecución, lo constituiría el llamado vencimiento anticipado⁵³⁶ (del cual sorprendentemente la Directiva 2014/17 no se ocupa), es decir, cuánto debe incumplir un deudor el pago de la deuda hipotecaria para que el acreedor hipotecario pueda resolver el contrato y reclamar la totalidad de la deuda. Una regulación en mayor o menor extensión de los requisitos del vencimiento anticipado supondría una razonabilidad mayor o menor. En este sentido destaca la profunda diferencia en las regulaciones de los Estados, aspecto que haría aconsejable una posible

⁵³⁴ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 485. Cita el autor el supuesto del art. 55 de la Ley nº 392 de 27 de julio de 1978, que permite la enervación del desahucio en Italia con un máximo de tres veces cuatro años. En España tal posibilidad jurídico-procesal se permitiría en base al art. 22-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiéndose la enervación sólo una vez y salvo que el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con al menos treinta días antes de iniciar del desahucio. En relación a la ejecución de la hipoteca la legislación procesal española permite expresamente liberar el bien consignando la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda si se trata de la vivienda habitual, según el artículo 693-3 LEC. Si se libera una vez podrá liberarlo más veces siempre que medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 487.

⁵³⁶ En ese sentido ALONSO PÉREZ, M. T., «L’article 28 de la directive 2014/17: conséquences du défaut de paiement du consommateur dans le prêt immobilier», *Revue du marché commun et de l’Union Européenne*, vol. 591, 2015, pp. 480-481. Como señala ARROYO AMANUELAS, E., «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 2, 2017, p. 30, esta tolerancia pasaría por incentivar la refinanciación (ampliando el plazo y capital) sin que conlleve perjuicios jurídicos al acreedor como la pérdida del rango hipotecario, y de igual forma modular las normas sobre vencimiento anticipado.

intervención de la Unión en la materia en pos de la homogenización de los vencimientos en los distintos Estados⁵³⁷.

En cualquier caso y dada la amplitud de los términos de este precepto, la selección de las medidas apropiadas para garantizar una acción de ejecución por parte de los acreedores se deja a la discreción de cada Estado miembro⁵³⁸.

1.2 La limitación de la imposición de recargos adicionales al consumidor en caso de impago

⁵³⁷ A modo de ejemplo España, con la transposición de la Directiva 2014/17 a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario pasó a regular el vencimiento anticipado en su artículo 24 (distinguiéndose dos supuestos: A) Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo (cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses), y B) Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo (cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses). Esta reforma de la legislación española se ha establecido tras un debate legislativo, doctrinal y jurisprudencial en el que el límite original (bastando con un incumplimiento si se pacta en el contrato) se pasó a tres incumplimientos, y de ahí al art. 24 de la Ley 5/2019. En Italia, el art. 40-2 del Texto Único Bancario que más abajo se citará dispone que la entidad bancaria puede invocar la morosidad como causa de resolución del contrato cuando se haya producido un impago siete veces, aun no consecutivas. En Irlanda se establece un doble régimen. El general previsto en la sec. 100-1 de la LCLRA de 2009 prevé un régimen de tres impagos desde la notificación o dos meses de intereses. Para la vivienda habitual el *Code of Conduct on Mortgage Arrears* al que nos referiremos con posterioridad diferencia al prestatario no cooperador o cooperador. El no cooperador (p. 28) es aquel que, entre otras circunstancias, no aporta información relevante al prestamista sobre su situación financiera, tiene saldos de atraso en su préstamo y tras 20 días desde el primer requerimiento del acreedor no trata de iniciar un Proceso de resolución de atrasos de hipotecas (MARP). En tal caso podrá recurrirse a la vía judicial cuando se hayan producido tres impagos de la hipoteca en su totalidad, permaneciendo pendientes si no se acude a un proceso MARP, en cuyo caso la ejecución hipotecaria sería más inmediata. Si el deudor decide cooperar e iniciar un MARP, en tal caso se iniciaría el Procedimiento, que expiraría en un máximo de ocho meses (p. 45-d). Por el contrario, Portugal, en base al art. 781 de su Código Civil, permitiría el vencimiento con un solo impago.

⁵³⁸ JOSIPOVIĆ, T., «Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive», cit., p. 251, o ARROYO AMANUELAS, E., «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», cit., p. 37, quien define el alcance de la Directiva 2014/17 como modesto. SIMÓN MORENO, H. Y NASARRE AZNAR, S., «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de la vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 139, 34, 2015, p. 21 critican en relación al comentado art. 28 que el periodo de tiempo en el que puede ser ejecutada una hipoteca podría haber sido una materia armonizada, y más existiendo gran disparidad entre los ordenamientos internos, pero en lugar de ello la Directiva opta por establecer provisiones débiles y genéricas.

El párrafo 2º del art. 28 de la Directiva 2014/17 da cuenta de que “*Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago*”. Por su parte el párrafo tercero, en una línea similar, establece que “*Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos*”.

Estos apartados 2 y 3 introducen disposiciones que se excluyen mutuamente, dejando a cada Estado miembro la posibilidad de optar por una u otra opción al legislar los recargos de impago o intereses moratorios. Se prevén dos posibilidades: a) que los gastos no excedan de lo necesario para compensar al acreedor por los costes incurridos, o b) que se incluyan dentro de un límite máximo fijo (párrafo 3). Es decir, se puede optar entre una exclusión radical y una limitación. El motivo del legislador europeo sería contener las consecuencias perjudiciales que el acreedor podría aducir al deudor en caso de inadecuación⁵³⁹, de forma similar a los daños punitivos o *punitive damages* más propios del Derecho anglosajón⁵⁴⁰. Pero en cualquier caso la obligación derivada de este precepto empujaría al legislador nacional a decantarse por cualquiera de estas dos opciones.

Esta intervención del legislador europeo ha sido tildada como aceptable por la doctrina, en tanto que quedaría dentro de la facultad del legislador prever una limitación del daño indemnizable sin que ello se considere un pacto contrario a la ley o al orden público⁵⁴¹. Se estaría ante un caso en el que legislador nacional pretendería limitar *ex ante* la responsabilidad del deudor, generalmente como resultado de una evaluación de la oportunidad desde el punto de vista económico.

⁵³⁹ Como señala ALONSO PÉREZ, M. T., «L’article 28 de la directive 2014/17: conséquences du défaut de paiement du consommateur dans le prêt immobilier», cit., p. 481, a tenor de la Directiva 2014/17 toda indemnización que vaya más allá del daño efectivamente sufrido por el acreedor implica una sanción privada entre particulares que infringe el monopolio de la potestad punitiva de los poderes públicos. Incluso sería dudoso que el Estado pueda delegar esta facultad de sanción en particulares, como las entidades bancarias.

⁵⁴⁰ Los daños punitivos son aquellos cuyo propósito principal castigar al demandado en lugar de (o al igual que) para compensar al demandante por los daños causados. Pueden concederse en determinados casos de responsabilidad civil (y no por incumplimiento contractual): 1) cuando la ley lo autoriza expresamente; 2) para castigar actos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios públicos; 3) cuando el demandado ha calculado deliberadamente que los beneficios que se obtendrán de la comisión de un agravio (por ejemplo, mediante la publicación de un libro difamatorio) pueden ser superiores a los daños en peligro. Tal y como se conceptualiza en la Sentencia de la Cámara de los Lores de Reino Unido de 21 de enero de 1964, caso *Rookes v Barnard* (AC 1129) se conceden daños y perjuicios ejemplares para demostrar que “el agravio (*tort*) no paga”, o dicho de otro modo la simple compensación económica no sería suficiente. Vid. LAW, J., «Exemplary damages (punitive damages, vindictive damages)», *A Dictionary of Law*, edición online.

⁵⁴¹ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 488, en el sentido del art. 1229 del Código Civil italiano o del 1255 del Código Civil Español, a modo de ejemplo.

De este modo, la Directiva 2014/17 ofrecería una protección particular al consumidor que no sería ni desproporcionada (en tanto que la medida limitativa se circunscribe a los recargos por incumplimiento o intereses de demora) ni injustificadamente discriminatoria respecto a otras categorías de sujetos jurídicos excluidos (por la posición en el contrato de debilidad estructural del consumidor con respecto al profesional prestamista). El interés protegido sería el mantenimiento de la propiedad de la vivienda como forma particular de aplicación de diversos derechos fundamentales relevantes en el ámbito del Derecho de la Unión Europea⁵⁴² en el que los consumidores como categoría de personas identificadas legitimarían un tratamiento diferenciado⁵⁴³.

Determinando el ámbito de extensión de los párrafos 2 y 3 del art. 28 de la Directiva, su ámbito objetivo sería más complejo, sobre todo en lo referente a la identificación de los tipos de recargos permitidos y de los excluidos, así como de las cláusulas que podrían introducirse legítimamente en los contratos de préstamo. Del tenor del párrafo 2º se desprende que serían incluibles los “recargos en caso de un impago” siempre que no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los “costes que le acarree el impago”. De este modo se plantearía una duda sobre si incluir las costas y gastos derivados de la ejecución de la hipoteca, o de la posible limitación de los Derechos procesales nacionales en la posibilidad de reclamar los gastos y costas derivados de la ejecución. Quedaría claro en tanto que el propio legislador comunitario parece aclarar esta cuestión en el párrafo tercero del propio art. 28, al permitir la autorización para “imponer recargos adicionales”, sin que se establezca más límite que determinar el valor máximo de tales recargos.

Respecto a los intereses de demora podría discutirse la inclusión total, en tanto que se trata de una obligación derivada del préstamo garantizado con hipoteca que tendría por objeto compensar los daños sufridos por no haber podido disponer oportunamente de la suma adeudada. Por ello podría plantearse que al no tratarse de la sustracción de una prestación ya relacionada con el patrimonio del acreedor, no puede calificarse de coste y su pago debería excluirse radicalmente cuando un legislador nacional decida aplicar el segundo párrafo del art. 28. No obstante, tal resultado sería inaceptable desde el punto de vista de los efectos producidos por la Directiva, en tanto que excedería el objetivo legítimo de proteger al consumidor contra las prácticas agresivas de los prestamistas profesionales y fomentaría más bien una conducta de incumplimiento sistemático, pudiendo perjudicar la estabilidad del sistema de pago. Por ello, para la doctrina sería necesario que la fijación de los intereses de demora por su naturaleza indemnizatoria debería limitarse a la luz del canon de razonabilidad, bien exigiéndose la prueba del daño adicional o definiéndose por ley el tipo máximo practicable (lo que lo asimilaría al párrafo 3º)⁵⁴⁴.

⁵⁴² Respeto al domicilio del art. 7, y de la propiedad del art. 17 de la CDFUE.

⁵⁴³ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 489.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 490.

Respecto al párrafo 3º, el legislador europeo no establece mayores limitaciones al legislador nacional para determinar el valor máximo de tales recargos. Esta norma en blanco, por la amplia autorización que permite desplegar sobre los legisladores nacionales, puede llegar a crear el riesgo de desvirtuar la propia finalidad de la Directiva 2014/17 de proteger al consumidor en los contratos de crédito inmobiliario. Como criterio interpretativo se hace preciso, por tanto, recurrir a los estándares interpretativos del propio TJUE.

A la luz de la Directiva 93/13 el TJUE ha llegado a considerar, en base número 1 letra e), del anexo de dicha, en relación con lo dispuesto en los artículos 3-1, y 4-1, de la misma que una cláusula no puede imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. Ello supondría comparar, en las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal. De este modo se verificaría si es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que el interés perseguiría en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos⁵⁴⁵. En esta línea se ha admitido como no desproporcionada una indemnización que suponía un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato⁵⁴⁶.

Respecto a la facultad del legislador nacional para imponer límites a los intereses de demora, se ha admitido expresamente la posibilidad de establecer criterios propios siempre que no provoquen en el juzgador nacional la capacidad de prejuzgar la aplicación del Derecho de la Unión (estableciendo la obligación del recalcu de los intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero)⁵⁴⁷.

De este modo dada la amplitud de los términos contemplados en la Directiva 2014/17, se hace preciso su complemento en lo que se refiere a los límites nacionales (con independencia de la opción del párrafo primero o segundo) con otros parámetros interpretativos del TJUE, como los citados en relación a la Directiva 93/13.

⁵⁴⁵ P. 74 de la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz, en el que se declaró contrario a Derecho de la Unión una cláusula de intereses de demora anuales del 18,75 %.

⁵⁴⁶ P. 71 de la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, caso Banco Santander.

⁵⁴⁷ Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja.

1.3 El acuerdo expreso en virtud del cual la transferencia de la garantía o sus ingresos bastan para reembolsar el crédito

El párrafo cuarto del art. 28 de la Directiva 2014/17 establece que “*Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.*”.

A grandes rasgos la norma exige a los diferentes Estados que modifiquen o adapten sus legislaciones para permitir la introducción de normas que prevean la transferencia directa del bien hipotecado en caso de incumplimiento, es decir, la limitación de la responsabilidad del deudor al valor alcanzado mediante la liquidación de la garantía.

El objetivo esencial perseguido por el legislador de la Unión consistiría en limitar el riesgo del consumidor de responder en mayor medida dado el objeto de la garantía, en relación a su valor en el momento del incumplimiento. Y si bien el párrafo cuarto establece que la obligación de los Estados miembros en virtud de la Directiva se trata de “no impedir” el pacto entre deudor y acreedor hipotecario, no especifica si tal acuerdo debe permitirse en el momento de la contratación del préstamo, en el momento del incumplimiento por el deudor, en el del vencimiento o en el de la realización judicial o extrajudicial de la garantía hipotecaria⁵⁴⁸.

Igualmente se pretendería evitar la necesidad de recurrir a procedimientos de ejecución judicial que resultarían largos y complejos, reduciendo así el riesgo y los costos de ejecución para el prestamista en caso de incumplimiento por parte del deudor. Esta simplificación, en la intención del legislador comunitario debería contribuir a aumentar la disponibilidad de crédito por parte de los bancos y también a mejorar las condiciones de préstamo en beneficio de los deudores⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ De las disposiciones de la Directiva no se desprende claramente si ese acuerdo expreso sólo se permite después del vencimiento de las obligaciones de crédito, es decir, en la fase de ejecución de la hipoteca, o si sería posible hacer que ese acuerdo fuera admisible antes del vencimiento de las obligaciones de crédito. La obligación de los Estados miembros de permitir ese acuerdo expreso sobre la transferencia del bien inmueble residencial gravado para reembolsar el crédito está prevista en la Directiva sobre atrasos y ejecuciones hipotecarias, lo que lleva a la conclusión de que, al menos en la etapa de ejecución, debería ser posible contratar expresamente la transferencia de la propiedad de un bien inmueble gravado en lugar de pagar el crédito. Pero al ser una directiva de mínimos, nada impediría a los Estados extender esa “protección” al consumidor antes del vencimiento (más allá de la tradición jurídica que supone la prohibición del pacto comisorio). Vid. JOSIPOVIĆ, T., «Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive», cit., pp. 250-251.

⁵⁴⁹ ANGELELLI, F., «Il divieto di patto commissorio e il nuovo art. 120- quinquiesdecies TUB (inadempimento del consumatore)», *Diritto & Diritti*, 2017, p. 4.

Como clarifica la doctrina, por “crédito”, a efectos de la Directiva y de los Derechos internos, parecería más correcto considerar que la disposición limita simplemente la deuda (viva al momento del incumplimiento) y no la responsabilidad en el sentido estricto del término⁵⁵⁰.

La principal objeción que podría constituir este artículo sería su confrontación a un principio tradicional del derecho civil y procesal civil europeo como es la prohibición del pacto comisorio, la cual se encuentra codificada en la mayoría de tradiciones jurídicas continentales⁵⁵¹, y sanciona con la nulidad a todo pacto por el que se acuerde, a falta de pago del crédito en el plazo fijado, la directa transmisión de la propiedad del bien hipotecado al acreedor sin el desarrollo de un proceso judicial o extrajudicial en el que el precio sea determinado. El elemento esencial de la propia naturaleza de este pacto prohibido sería que se suscribiría al momento de la constitución de la garantía, estableciendo una obligación preexistente. Por lo tanto no se consideraría pacto comisorio si las partes se ponen de acuerdo, al momento del incumplimiento, para enajenar o transmitir el inmueble por un precio⁵⁵² (como la venta amistosa del Derecho francés que se detalla más abajo o el convenio de realización del art. 640 de la LEC española).

Precisamente la propia finalidad de prohibición del pacto comisorio sería la protección misma del deudor que, en situaciones de debilidad o adversidad, permita que el acreedor obtenga la propiedad de un bien por un valor superior al del crédito, obteniendo este último un beneficio indebido (si bien constituiría un arma de doble filo,

⁵⁵⁰ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 498.

⁵⁵¹ Así el art. 1859 del Código Civil español establece que “el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”. El art. 2744 del Código Civil italiano igualmente lo prohíbe, con la dicción “Será nulo el acuerdo por el que se acuerde que, en ausencia de pago del crédito en el plazo fijado, la propiedad del bien hipotecado o pignorado pasará al acreedor. El acuerdo es nulo y no generaría efectos, aunque se haga después de que se haya establecido la hipoteca o la prenda” (*È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno*) con la excepción que más adelante se profundizará. El art. 694 del Código Civil portugués establece que el acuerdo por el que el acreedor se hace cargo del gravamen en caso de que el deudor no cumpla con el gravamen es nulo y sin efecto, aunque sea antes o después de la constitución de la hipoteca (*É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*). Por su parte el Derecho francés establece un régimen más complejo. Si bien se admite para la prenda (art. 2348 del Código Civil Francés, si bien se prohíbe en el art. L312-38 del Código de Consumo para las relaciones con consumidores) se matiza en gran medida para la hipoteca sobre inmuebles en el art. 2459 del Código Civil: “En el contrato de hipoteca se puede acordar que el acreedor se convierta en el propietario de la propiedad hipotecada. Sin embargo, esta cláusula no tiene efecto sobre el inmueble que constituye la residencia principal del deudor” (*Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur*). O el art. 1149 del Código Civil alemán, ya antes referido: mientras la demanda contra él no haya vencido, el propietario no podrá conceder al acreedor el derecho de exigir la transferencia de propiedad del terreno a efectos de satisfacción o de efectuar la venta del terreno por otros medios distintos de la ejecución (*Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken*).

⁵⁵² BRUGGI, M. I., «Patto commissorio», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 2.

al poderse enajenar el bien por un valor inferior al del crédito y manteniendo parte del crédito a favor del acreedor).

No obstante, y como advierte algún sector doctrinal, si bien la prohibición del pacto comisorio tuvo su necesidad histórica en proteger al deudor hipotecario frente a los posibles abusos del acreedor en la realización del bien, esta percepción ha cambiado. Debido a la crisis financiera y a la incapacidad de efectuar pagos regulares y puntuales derivados de los acuerdos de crédito relativos a los bienes inmuebles residenciales, el enfoque del problema del reembolso de los préstamos mediante la transferencia de la propiedad del inmueble gravado se ha vuelto más liberal. En algunos casos la reglamentación del derecho a liberar al deudor de sus obligaciones crediticias mediante la transferencia de la propiedad del inmueble cargado al acreedor puede ser más beneficiosa para el consumidor que si se llevan a cabo contra él procedimientos de ejecución para el reembolso del préstamo⁵⁵³. Esto se fundamentaría en el hecho de que el legislador podría forzar a limitar el riesgo de devolución del crédito remanente en caso de transferencia directa, así como limitar las inexorables costas del proceso de ejecución.

Como argumentos esgrimidos podrían invocarse la protección del deudor de la presión (incluso moral) del acreedor que aspira a obtener la propiedad del bien, así como del peligro de desproporción entre el valor del bien y el importe del crédito, que podría alcanzar connotaciones usurarias. Otra razón (cada vez más en retroceso en tanto a la posibilidad de recurrir a la vía extrajudicial, admitida tanto en la esfera europea como en el Derecho interno de los Estados) se basaría en el principio general de no derogación de los procedimientos judiciales por la autonomía privada. Y otro motivo sería la consideración de que la transmisión directa del bien no podría admitirse por la necesidad de proteger las razones de los demás acreedores de los bienes del deudor, pasando el acreedor garantizado por el pacto comisorio a una prelación atípica inadmisibles que excedería la cobertura de la hipoteca⁵⁵⁴. Además el propio fin de la garantía sería siempre (y desplegaría sus efectos) de forma ulterior al contrato de préstamo (tratándose de un negocio indirecto) y no en el mismo⁵⁵⁵.

Otro problema sería el principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado en gran parte de los Derechos civiles europeos⁵⁵⁶. El tenor del párrafo comentado parece inclinarse a favor de la idea de dación en pago o *datio in solutum* para satisfacer todo el crédito hipotecario con la entrega del bien garantizado, que si bien no

⁵⁵³ JOSIPOVIĆ, T., «Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive», cit., pp. 249-250.

⁵⁵⁴ ANGELELLI, F., «Il divieto di patto commissorio e il nuovo art. 120- quinquiesdecies TUB (inadempimento del consumatore)», cit., p. 1.

⁵⁵⁵ BIANCA, M., «Patto commissorio», *Novissimo Digesto Italiano*, p. 719.

⁵⁵⁶ Artículo 1911 del Código civil español: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. Art. 2740 del Código civil italiano: “El deudor es responsable del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros” (*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*). Art. 2284 del Código Civil francés: Cualquiera que haya hecho un compromiso personal, está obligado a cumplir su compromiso sobre todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros (*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*).

se impone como obligación de transposición a los Estados (quedando libres para establecer el proceso de ejecución judicial de la hipoteca por defecto) al menos sí que se obliga a su respeto en los respectivos ordenamientos internos⁵⁵⁷.

Cuestión distinta al pacto comisorio y la dación en pago sería el llamado pacto marciano⁵⁵⁸ en virtud del cual el acreedor hace suya la cosa hipotecada o la cede a un

⁵⁵⁷ En el ordenamiento jurídico español el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite, una vez subastado el bien gravado con hipoteca, despachar y continuar la ejecución por la cantidad que falte. La doctrina ha especificado que desde el punto de vista procesal la dación en pago si bien es deseable no puede admitirse con carácter general, debiendo tratarse como una medida paliativa y en un escenario de crisis económica, pero en ningún caso podría admitirse con carácter universal, y ello en tanto que vulneraría el principio de responsabilidad patrimonial universal y podría generar un efecto pernicioso en el desarrollo económico y del crédito. Vid. CALLEJO CARRIÓN, S., «Pasado, presente y ¿futuro? de la ejecución hipotecaria. A propósito de la deriva hipotecaria», *Actualidad Civil*, vol. 12, 2015, edición digital. De hecho, una solución para trasponer el art. 28-4 de la Directiva al ordenamiento español, como apunta la autora citada, sería la reforma del art. 140 de la Ley Hipotecaria, que permite limitar la responsabilidad de la garantía hipotecaria únicamente al bien sujeto a la garantía. Como soluciones paliativas alguna autora ha propuesto interpretar la realidad social del momento en que debe aplicarse la norma del art. 579 de la LEC española para evitar un ejercicio abusivo del mismo y un enriquecimiento injusto, vid. VIVES MARTÍNEZ, G., «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago», *Diario La Ley*, vol. D-291, 2012, edición online. Como señala igualmente la doctrina, no parece recomendable que se imponga en todo caso esta limitación de la responsabilidad patrimonial universal suponiendo un empeoramiento de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (menor importe financiado, mayor tipo de interés, menor plazo de amortización), y además la posibilidad del acreedor hipotecario de iniciar un proceso declarativo tendente a reintegrar al acreedor las sumas debidas, reclamando al deudor el faltante no cobrado. Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «La dación de viviendas en pago de deudas», *eXtoikos*, vol. 7, 2012, p. 59. Otro de los argumentos en contra de la dación en pago (en base a Derecho español) sería el llamado principio de purga de cargas, en tanto que da lugar a que los titulares de cargas de rango inferior a aquella hipoteca mejoran de rango respecto del propio acreedor adquirente, quedando este expuesto a la acción ejecutiva que pueda derivarse de tales cargas, lo que generaría confusión de derechos. Vid. DÍAZ FRAILE, J. M., «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 89, 735, 2013, p. 154. Según DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 36-39, la dación en pago no afecta a la prohibición del pacto comisorio una vez producido el incumplimiento de la obligación. No obstante, para que genere efecto liberatorio, tiene que reunir una serie de requisitos: i) que se acuerde de forma expresa entre acreedor y deudor hipotecario, ii) que se reúnan los requisitos del art. 1857 del código civil español, tales como que el deudor sea propietario del bien; iii) que el negocio que deja sin efecto el título ejecutivo se formalice como escritura e inscriba en el Registro de la Propiedad.

⁵⁵⁸ Admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde el año 1902 (Sentencia de 21 de octubre). Para la reciente jurisprudencia (Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil, núm. 111/2017 de 21 de febrero, RJ 2017\595) son dos los elementos que caracterizan al pacto comisorio prohibido por el art. 1859 y cuya interpretación negativa permitirían definir el pacto marciano: 1) en primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza, y 2) en segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor. De este modo sería exigible para entender que no se produce la prohibición del pacto comisorio, en virtud del criterio del Tribunal Supremo español, un procedimiento objetivable de realización del bien y un mecanismo de restitución o compensación por los pagos y gastos ya satisfechos por los deudores con relación al préstamo. Reuniéndose estos dos requisitos podría entenderse que no sería de aplicación el art. 1859, existiendo un pacto marciano válido (Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 enero 2019. RJ 2019\165). Ahora bien, una cosa es que un procedimiento se adecúe a la no prohibición del pacto comisorio y otra distinta sería enajenar un bien a través de un mecanismo de realización forzosa amparado en el ordenamiento procesal interno (especialmente en determinados bienes, como los inmuebles). Por su parte la Corte de Casación italiana, en su sentencia nº 1075 de 21 de enero de 2016, se pronunció sobre la naturaleza de la prohibición del pacto comisorio establecido en el artículo 2744 del Código Civil italiano, señalando que la misma se extiende a cualquier negocio, aunque sea en sí mismo abstractamente lícito siempre que se utilice para lograr un

tercero en función del valor que se le atribuye en una tasación justa y objetiva al momento del incumplimiento, institución que hunde sus raíces en el Derecho romano⁵⁵⁹. La doctrina entiende que el art. 28-4 de la Directiva no se opone a la adaptación de los ordenamientos al pacto marciano, en tanto que este no excluye que el consumidor, a cambio de la cesión del título de propiedad del derecho sobre los bienes, pueda obtener el reembolso de la suma que supere la deuda residual, de forma más atenta a los intereses del consumidor prestatario que se encuentran expresamente protegidos por la Directiva⁵⁶⁰.

En cualquier caso, debe desprenderse como criterio que para recurrir a un proceso de ejecución extrajudicial o de asignación directa el bien debe tener un valor dinerario objetivo, en tanto que no habría riesgo de lesión patrimonial para el deudor. Para ello el valor del bien garantizado debe ser perfectamente determinable (especialmente bienes de naturaleza mobiliaria como sumas de dinero, títulos cotizados o fondos de inversión). Desafortunadamente los bienes inmuebles, aun pudiéndose tasar en el momento inicial del contrato, no cumplen con dicho requisito⁵⁶¹ en tanto a que su valor de mercado es mutable a lo largo del tiempo⁵⁶². De permitirse una transmisión forzosa que no garantice

resultado concreto, prohibido por la ley como es someter al deudor a una coacción ilícita por parte del acreedor. Pero en la Sentencia de la Corte de Casación de 9 de mayo de 2013, n° 10986 consideró legítimo el recurso al pacto marciano porque, a diferencia del pacto de comisario (como se insiste prohibido por el mencionado artículo 2744), no produce ninguna desproporción entre el importe de la deuda y el valor del bien dado en garantía, preservando la sinalagmaticidad de la relación de negociación entre el deudor y el acreedor.

⁵⁵⁹ Como consta en el Digesto, “La dación de prenda o de hipoteca puede hacerse de modo, que si dentro de cierto tiempo no se hubiera pagado la deuda, por derecho de comprador posea uno la cosa por el justo precio en que entonces haya de estimarse; porque en este caso parece en cierto modo que hay una venta condicional”; *Potest ita fieri pignoris datio hypotecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse vendito* (D 20,1,16,9) GARCÍA DEL CORRAL (TRAD.), I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto (Corpus iuris civilis. Pandectas)*, Barcelona, Jaime Molinas, 1882, p. 13 del Libro 20.

⁵⁶⁰ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 493. Si bien PAGLIANTINI, S., «L’art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell’art. 48 bis T.U.B.», *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 5, 2016, edición online, reconoce que el precepto que comentamos supone una reducción de la disciplina de derecho común, por efecto del arrastre inducido a causa de la respuesta del Ordenamiento a la crisis económica.

⁵⁶¹ Como apunta la doctrina, la realización forzosa es una actividad compleja, que requiere de un conjunto de actuaciones que deben desembocar en el pago al acreedor ejecutante y en la terminación del propio proceso de ejecución. Todas las piezas del sistema deben estar enlazadas entre sí para permitir la debida satisfacción del crédito, en función de las concretas circunstancias de cada caso. Por eso, la legislación procesal de los Estados no suelen contemplar un único sistema de realización forzosa, sino que se prevén varios, a los que se acudirán en función de la naturaleza de los bienes embargados o de otras variables relevantes según la situación. Cuando lo embargado hayan sido activos líquidos o inmediatamente liquidables, se pueden establecer mecanismos como la entrega directa al ejecutante. No obstante, si fuera de estos casos, el mecanismo más frecuente de realización forzosa, con mecanismos como la subasta pública, la cual no solo se trata de una venta en pública subasta, sino más bien que de una venta forzosa. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y GASCÓN INCHAUSTI, F., «La subasta judicial de bienes inmuebles con pago aplazado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 751, 91, 2015, pp. 2496 y ss. La valoración del inmueble de este modo debe de revestirse de objetividad, tanto en beneficio del acreedor, al poderse obtener un precio suficiente para satisfacer, en todo o en parte, su crédito, como del deudor para no ver malbaratados sus bienes, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La oposición a la subasta notarial de la prenda: especial referencia a la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro 5º del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales», *La notaria*, vol. 59-60, 2008, p. 64.

⁵⁶² La apropiación comisoriana prohibida alcanzaría a la cláusula que faculta al acreedor hipotecario a apoderarse directamente del inmueble gravado por el valor que las partes le hayan dado en la escritura. Vid.

el establecimiento de un valor dinerario objetivo y próximo al de mercado podría correrse el riesgo de que no se obtenga un precio justo y próximo al de mercado con la enajenación del bien. Esta es la razón por la que los procedimientos legales presentan por regla general como trámite obligado la subasta con su correspondiente publicidad, pues con dicha publicidad pueden concurrir todo tipo de posibles adquirentes del bien inmueble y pueden los demás acreedores tomar las medidas adecuadas (como por ejemplo solicitar la retención del sobrante tras la subasta para el cobro de sus créditos)⁵⁶³.

De este modo, en cumplimiento de la observancia del art. 28-4 de la Directiva en consonancia con el criterio de valoración objetivo antes descrito los Estados miembros, si bien tienen margen en base a la autonomía procesal para establecer mecanismos de asignación directa del bien inmueble hipotecario, o derivarlo a un procedimiento extrajudicial (dada la amplitud del artículo de la Directiva), ello no exime de la necesidad de establecer una fase para valorar el bien objetivamente (en todo caso en un momento

CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. Y MARÍN LÓPEZ, M., *Tratado de los derechos de garantía. Tomo I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 1077.

⁵⁶³ RODRÍGUEZ PRIETO, F., «Pacto comisorio y pacto marciano», *El notario del siglo XXI*, vol. 91-92, 2020, fecha de consulta en <https://www.elnotario.es/practica-juridica/3304-pacto-comisorio-y-pacto-marciano-0-8973827435610655>, edición online. A modo de ejemplo la jurisprudencia española establece precisamente la diferencia entre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano, como se ha apuntado anteriormente, en la objetivización del valor del bien. Tal es el caso de la Sentencia de la Sala de lo Civil Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3429), en el que la pignoración se produjo sobre imposiciones de dinero a plazo fijo. En tal caso el Tribunal Supremo entendió que “*la pignoración de imposiciones de dinero a plazo la compensación operada no podía ser tratada jurídicamente como un supuesto de compensación, sino como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición. La pignoración obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1527 del Código Civil) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro. Una vez cobrado por el acreedor pignoraticio el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 del Código Civil)*”. En la opinión del Tribunal Supremo esta prohibición histórica surgió el Derecho romano (como se ha expuesto) para evitar que los deudores que necesitan acudir al crédito pacten condiciones leoninas con sus acreedores, que de otra manera podrían quedarse para pago de las deudas garantizadas con objetos de más valor de lo debido. Pero en el caso comentado “*en la prenda de imposiciones a plazo por definición está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros, porque el Banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoraticio*”, admitiéndose el criterio de la valoración dineraria objetiva. Este criterio, ejemplo de la asimilación del pacto marciano en el Derecho español, no podría trasladarse a la garantía establecida sobre un bien inmueble, debiéndose acudir a los procedimientos legalmente establecidos tendentes a valorar objetivamente el bien inmueble y condicionar así su transmisión forzosa. Siguiendo el criterio de CHICO Y ORTIZ, J. M.; GARCÍA-ARANGO DÍAZ-SAAVEDRA, C. C.; GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L. Y OTROS, *Estudios sobre Derecho hipotecario. Tomo II*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 1727, y ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario. Tomo X*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 476-477, los trámites del procedimiento para el ejercicio de la acción hipotecaria no pueden ser alterados por convenio entre las partes (en interpretación del art. 129 de la Ley Hipotecaria), convirtiéndose en trámites de orden público de carácter imperativo en los que no puede entrar en juego la voluntariedad de las partes ni pacto en contra. Por ello, si bien el recurso a cada modalidad procedimental es voluntaria y potestativa en función del criterio del acreedor (ejecución directa, general o proceso declarativo) o de las partes en el contrato (judicial o extrajudicial), habrán de atenerse, en pos de los requisitos de publicidad y valoración objetiva (que podrían considerarse imperativos por este razonamiento) a la tramitación específica de la normativa.

posterior al incumplimiento) o para establecer un procedimiento de venta que permita la máxima publicidad posible y concurrencia de acreedores.

Ello no sería obstáculo para que los diferentes Derecho procesales concedan margen de maniobra a las partes del contrato de préstamo para que pacten (dentro de los márgenes de los respectivos Derechos internos) un modo de realización más eficaz del bien hipotecado en caso de impago⁵⁶⁴. Un ejemplo sería el Ordenamiento francés, el cual regula expresamente la atribución en pago o *attribution en paiement*.

En Francia la atribución en pago de un bien inmueble a los mismos acreedores se permitió, por obra de la Ordenanza (*Ordonnance*) n° 2006-346 de 23 de marzo de 2006 *relative aux sûretés* para la enajenación de bienes inmuebles en los que se hubiese constituido derecho de hipoteca o anticresis (denominada *gage immobilier* en tal ordenamiento), a fin de evitar la competencia con otros acreedores en la subasta. No obstante, dicha atribución en pago quedó prohibida para la enajenación del domicilio principal del deudor en virtud del art. 2459 del Código Civil francés, como se ha hecho constancia en la anterior nota a pie de página. Respecto al procedimiento establecido para la valoración, en el art. 2460 de su código civil se establece que: “*En los casos previstos en los dos artículos anteriores, el bien debe ser valorado por un experto designado por acuerdo amistoso o por un tribunal de justicia. Cuando su valor sea superior al importe de la deuda garantizada, el acreedor deberá al deudor una suma igual a la diferencia; cuando haya otros acreedores hipotecarios, deberá depositarla*”⁵⁶⁵.

Aunque la asignación se prevé en su modalidad tanto judicial como convencional, para la valoración del bien sería preciso recurrir a las garantías procesales previstas para las normas de la venta amistosa⁵⁶⁶ (*vente amiable*, procedimiento alternativo al procedimiento de incautación judicial de bienes inmuebles en el que estaría prevista la subasta, como se analizará en el apartado correspondiente de Derecho francés) regulado en el art. R 322-21 párrafo primero del Código de procedimiento de ejecución civil francés (*Code des procédures civiles d'exécution*). En virtud del mismo, el juez de ejecución que autoriza la venta amistosa fijará el importe del precio por debajo del cual no se puede vender el inmueble, habida cuenta de las condiciones económicas del mercado y, en su caso, de las condiciones especiales de la venta⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Es lo que la doctrina ha denominado principio de preferencia convencional en la ejecución, vid. FLORES PRADA, I., *El procedimiento de apremio en la ejecución civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, edición online, sección “Apremio y realización de los bienes embargados”.

⁵⁶⁵ La traducción es nuestra. Artículo original: *Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne.*

⁵⁶⁶ HOONAKKER, P., *Procédures civiles d'exécution*, Bruselas, Bruylant, 2018, p. 292. Como sostiene el autor, debe establecerse la diferencia entre la adjudicación en pago y la dación en pago. Como establece el art. 2460 del Código Civil francés, la transmisión del bien no comporta la extinción de la deuda (cómo sí ocurre en Derecho italiano).

⁵⁶⁷ La traducción es nuestra. Artículo original: *Le juge de l'exécution qui autorise la vente amiable fixe le montant du prix en deçà duquel l'immeuble ne peut être vendu eu égard aux conditions économiques du marché ainsi que, le cas échéant, les conditions particulières de la vente.* El sistema francés es criticado

De esta forma en el Derecho procesal francés se permite que, solicitada la asignación en pago y no mediando acuerdo de las partes para elegir al tasador, el tribunal quede facultado para decidir sobre las condiciones financieras de la venta y, como tal, fijar un precio mínimo en función de las condiciones económicas del mercado (así como de las costas a petición del acreedor). De hecho la jurisprudencia de la 1^o Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa (Sentencia de 1 de marzo de 2017, n^o 16-10142) interpretativa del art. R 322-21 del Código de Procedimiento de ejecución, permite la fijación de la cantidad de oficio por el tribunal, aunque las partes no lo pidan⁵⁶⁸.

En cualquier caso, no son pocas las posibles incompatibilidades que se podrían señalar respecto a la implementación homogénea de este precepto en los diferentes Derechos internos. Por ejemplo, bajo la óptica del Derecho italiano podría criticarse la contravención al principio *par conditio creditorum* establecido en el art. 2741 del Código Civil italiano (y cuya distribución de la suma obtenida en la subasta se regularía entre los arts. 596 y 598 del *Codice di Procedura Civile*) respecto a la sustracción del bien (o en este caso del remanente) a la acción de ejecución por parte de los demás acreedores que no son parte en el contrato hipotecario⁵⁶⁹. O el problema radicado en el Derecho francés, que en el caso de mediar una venta amistosa puede entenderse nula en el seno de un concurso de acreedores (*procédure collective*) si entra en el ámbito de aplicación del artículo L 622-21 del *Code de commerce* (sentencia de apertura de concurso, interrumpirá o prohibirá toda acción judicial de todos los acreedores no mencionado en el apartado I del artículo L. 622-17 del Código de Comercio, incluyéndose todo procedimiento de ejecución por parte de dichos acreedores tanto sobre bienes muebles como inmuebles), en cuyo caso la solicitud de atribución en pago del bien hipotecado sería inadmisibles⁵⁷⁰.

Pero, en cualquier caso, al establecer la Directiva como requisito “la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta” el legislador europeo parece apuntar a diversos métodos para enajenar el bien hipotecario que en puridad no serían en sentido estricto la subasta derivada del proceso de ejecución forzosa, pudiéndose incluir la venta extrajudicial, la venta por convenio, o la transferencia comentada y regulada en diversos Estados de la Unión. Estos podrían considerarse como mecanismos alternativos a la ejecución para liberar al deudor hipotecario o dar cauce al *ius distrahendi*⁵⁷¹.

por MUÑIZ ESPADA, E., «Hacia la superación de las deficiencias jurídicas y económicas de algunos sistemas hipotecarios: el ejemplo del Derecho francés», en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E. (coords.) *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008, p. 198, quien considera que el sistema de asignación directa francés puede avalar transmisiones fraudulentas, lo que se resolvería por el tratamiento de la causa de la transmisión.

⁵⁶⁸ HOONAKKER, P., *Procédures civiles d'exécution*, cit., p. 392.

⁵⁶⁹ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 492.

⁵⁷⁰ Sentencia de la Cámara mercantil de la Corte de Casación francesa, de 28 de junio de 2017, n^o 16-10.591.

⁵⁷¹ Entendido como el derecho a promover la venta forzosa del objeto hipotecado, asegurando el cobro del crédito y sin privar al dueño de la cosa hipotecada de las facultades dispositivas sobre la misma. Vid. MUÑOZ ROJAS, T., «Aspectos de la hipoteca y su ejecución procesal», *Revista de Derecho procesal*, 1979, p. 84.

Como se critica, la transposición de este precepto parece insuficiente para proteger al consumidor en aquellos supuestos en los que se encuentre en una situación de debilidad estructural, tanto desde el punto de vista del Derecho de información como desde el punto de vista de la negociación económica del contrato de préstamo. Su transposición desigual en cada uno de los Estados miembros quedaría en manos del margen de maniobra de los Estados miembros. De esta forma el préstamo hipotecario quedaría transformado en una suerte de contrato en el que las partes asumirían un riesgo o suerte en el momento de la valoración del incumplimiento: si el valor del bien en el momento del eventual incumplimiento fuera inferior a la deuda residual, el prestatario habría ganado la diferencia, mientras que el prestamista obtendría la misma ventaja en la hipótesis contraria⁵⁷².

Respecto a la voluntariedad del negocio jurídico, es preciso recalcar la idea de que, si bien el art. 28-4 de la Directiva 2014/17 se dirige a los Estados, en última instancia dependerá de las partes manifestada en el contrato de préstamo que en todo caso tendrán una facultad discrecional en lo que respecta a la realización del bien inmueble. En cualquier caso, sería la posibilidad de devolver el excedente al deudor una circunstancia que podría evitar el carácter abusivo de una cláusula redactada de conformidad al art. 28-4. Resultaría preferible que los legisladores nacionales hiciesen un esfuerzo suplementario especificando criterios objetivos para la fácil y rápida tasación del bien en el momento del incumplimiento siempre que no se recurra al proceso normal de la ejecución hipotecaria⁵⁷³.

Es así que, teniendo en cuenta lo expuesto en relación al contenido de la obligación del art. 28-4 de la Directiva 2014/17 así como el escenario de los derechos internos, se hace preciso apuntar por su idoneidad a una de las armonizaciones de mayor interés por su capacidad de adaptación de la obligación contenida en dicho artículo a los estándares de la prohibición del pacto comisorio, como es el caso de Italia con el Decreto Legislativo de 21 de abril de 2016, n. 72, por el que se transpone la Directiva 2014/17/UE y reforma el Texto Único Bancario (Decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, n. 385).

En concreto se reforma el art. 120-quinquiesdecies p. 3º, relativo al incumplimiento del consumidor en los contratos de crédito *fondario* (cuyo estudio se detallará en próximos epígrafes): “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2744 del Código Civil, las partes pueden acordar, mediante cláusula expresa, en el momento de la celebración del contrato de crédito, que en caso de incumplimiento por parte del consumidor, la devolución o transferencia del bien inmueble objeto de la garantía o el producto de la venta de dicho bien supondrá la extinción de la totalidad de la deuda a cargo del consumidor derivada del contrato de crédito, incluso si el valor del bien inmueble devuelto o transferido o el importe del producto de la venta es inferior a la deuda residual. Si el valor de la propiedad estimado por el tasador o el importe del producto de

⁵⁷² BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 493.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 494.

la venta es superior a la deuda pendiente, el consumidor tendrá derecho al excedente. En cualquier caso, el prestamista deberá usar toda la diligencia para obtener el mejor precio de la venta. La cláusula no puede acordarse en caso de subrogación en el contrato de crédito de conformidad con el artículo 120-quater⁵⁷⁴.

La jurisprudencia de la Corte de Casación italiana (Sentencia n° 1625, de 28 de enero de 2015) ya venía sosteniendo que al pacto marciano también le son admisibles diferentes métodos de estimación del activo que surgen en la práctica de los negocios, siempre que el pacto demuestre que el deudor perderá la propiedad del activo a un precio justo, determinado en el momento del incumplimiento, con la restitución de la diferencia con respecto al valor más elevado.

La solución dada en el Derecho italiano vendría a determinar dos escenarios anudados al pacto la transmisión directa del bien al acreedor ejecutante en el contrato de préstamo en el que interviene un consumidor: a) uno en el que ante el impago el bien es valorado objetivamente por un tasador y el valor es superior a la deuda pendiente, en cuyo caso el acreedor tendría que pagar el excedente al deudor hipotecario; y b) otro en el que el bien es valorado de forma inferior al importe de la deuda pendiente, en cuyo caso la transmisión extinguiría el préstamo. Esta última posibilidad se asociaría a lo que podría concebirse como una dación en pago liberatorio de la deuda para el consumidor. O dicho de otro modo establece un sistema de dación en pago “mixta” cuyos resultados de la valoración objetiva del bien inmueble son siempre favorables al consumidor (atendiendo al principio *pro consumatore*).

Otras medidas protectoras del consumidor, incluidas en el artículo 120-quinquiesdecies 4° del Texto Único Bancario italiano, serían la prohibición del prestamista de condicionar la celebración del contrato de crédito a la firma de la cláusula; que el consumidor cuente con la asistencia gratuita de un asesor para evaluar la conveniencia de adoptar dicha cláusula; el establecimiento de un periodo de vencimiento anticipado especial (no aplicándose el régimen de siete impagos previsto para la ejecución judicial ordinaria en el art. 40-2 del mismo texto legal, sino estableciéndose uno de dieciocho mensualidades) el impago de un importe equivalente a dieciocho mensualidades constituirá un incumplimiento; o que el valor de los bienes inmuebles objeto de la garantía deba de ser estimado por un experto independiente elegido por las

⁵⁷⁴ La traducción es nuestra. Artículo original: “*Fermo quanto previsto dall’articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l’estinzione dell’intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell’immobile come stimato dal perito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all’eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell’articolo 120-quater*”. Puede señalarse la similitud de esta institución con otra de Derecho italiano, concretamente del contrato de cesión de bienes regulado en los artículos 1977 a 1986. del Código Civil italiano, en cuya virtud el deudor da instrucciones a sus acreedores o a algunos de ellos para que liquiden todos o algunos de sus bienes y dividan el producto entre ellos para satisfacer sus reclamaciones (art. 1977).

partes de común acuerdo o, en caso de no llegarse a un acuerdo, nombrado por el Presidente del Tribunal con competencia territorial de conformidad al art. 696 del *Codice di Procedura Civile* italiano, debiéndose elaborar un informe pericial valorándose al momento del incumplimiento.

El Derecho procesal portugués permite el acuerdo entre el deudor y el acreedor para extinguir el crédito, aunque el proceso ejecutivo incluso haya comenzado. De hecho, según el art. 846-1 del Código de Proceso Civil, en cualquier estado del proceso, el ejecutor o cualquier otra persona podrá hacer cesar la ejecución, pagando las costas y la deuda. Por lo tanto, nada impide cualquier forma de pago voluntario, aunque el proceso ejecutivo ya está en marcha. Además del pago, la obligación de ejecución se extinguirá por las causas enumeradas en el Derecho civil, entre las que se encuentra la dación en pago, que podrá llevarse al proceso mediante un documento que lo demuestre (art. 846-5 del CPC), y una vez se demuestre la liberación del ejecutado o renuncia del ejecutante se suspenderán las actuaciones ejecutivas. La ejecución quedaría extinguida, sin perjuicio de la renovación, como permite el 850 CPC, por el adeudo de diversas cuotas⁵⁷⁵.

En Derecho procesal español es posible enajenar el bien en un procedimiento alternativo a la vía jurisdiccional, como es la venta extrajudicial ante notario, permitida en el art. 129 de la Ley Hipotecaria siempre que se hubiese pactado expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca. Este sería el único mecanismo extrajudicial legalmente previsto para enajenar un bien inmueble al margen del proceso judicial de ejecución de la hipoteca. Pero esta venta extrajudicial, a diferencia del Derecho italiano, no amortiza el crédito del deudor hipotecario. En cualquier caso, el Derecho español ampararía la posibilidad de que, por medio de pacto entre el acreedor y deudor hipotecario, el deudor pudiera liberarse de la totalidad de la deuda con la transmisión del bien. Por un lado en el mismo contrato de constitución del préstamo en base al art. 140 de la Ley Hipotecaria⁵⁷⁶, e igualmente durante el transcurso de la ejecución pues nada obstaría a que las partes pudiesen reconducir las actuaciones por la vía del convenio de realización del art. 640 LEC siempre que medie acuerdo entre las partes y sea aprobado por el Letrado de la Administración de Justicia. De este modo, bajo el Derecho español no habría impedimentos legales a la consecución del fin del art. 28-4 de la Directiva 2014/17.

⁵⁷⁵ JARDIM, M.; COSTA ANDRADE, M. Y PATRÃO, A., *85 preguntas sobre a hipoteca imobiliária*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 82-83.

⁵⁷⁶ “Podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor”. En tanto que la limitación de la responsabilidad al bien objeto de garantía tendría que pactarse expresamente, dicho precepto ha tenido escasa relevancia, calificándose de superfluo en tanto a que aun sin la existencia del mismo podría pactarse dicho carácter limitado. Vid. PAU PEDRÓN, A., «La hipoteca de responsabilidad limitada», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 101-102.

Y aunque podría argumentarse que el art. 28-4 de la Directiva 2014/17 supone una limitación de la devolución del *quantum* en el contrato de préstamo al recibir el prestamista menor cantidad de capital e intereses, en cualquier caso la obligación contenida en el art. 28-4 de la Directiva no establece que los Estados miembros tengan que derogar las respectivas prohibiciones del pacto comisorio, pues al no especificarse el momento en el que las partes puedan acordar la transferencia del bien inmueble objeto de garantía podría entenderse este acuerdo, que podría suscribirse en un momento postcontractual o relativo al incumplimiento de la obligación principal. Pero en todo caso el art. 28-4 no establece la obligación de que este no impedimento llevado a cabo por los Derechos internos tenga que ser en el momento del contrato, en tanto que como se ha argumentado a lo largo del epígrafe tal prohibición tendría una finalidad tuitiva de los intereses del mismo consumidor.

Como se ha hecho alusión más arriba, la obligación que impone la Directiva 2014/17 consiste en no impedir que las partes puedan acordar la transferencia del bien objeto de la garantía. En cualquier caso, cabría entenderse que, aun pudiendo establecer los Estados miembros legislaciones como la reformada en Italia, resultaría previsible que los acreedores de los diferentes Estados no incluyan en sus borradores de contrato de préstamo cláusulas que, aun siendo principalmente ventajosas para el deudor (por no imponerse por el tenor literal de la Directiva) impida la reclamación del saldo restante. En esta opción resultará determinate el hecho de si con el proceso de ejecución (judicial o extrajudicial) sí se permite. Por lo tanto, la limitación de la posibilidad de reclamar el resto del crédito tras la realización del bien garantizado será una circunstancia que podrá diluir la eficacia y la difusión futura de esta disposición, previéndose un mayor recurso al proceso de ejecución de bienes hipotecados en lugar de la venta o transferencia directa del bien en la modalidad que sí sea (en pos de la posible recuperación de la cantidad que falte para satisfacer el crédito hipotecario).

1.4 El reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución

Por su conexión con el punto anterior procederemos al análisis del art. 28-5 párrafo 2º de la Directiva 2014/17, en virtud del cual *Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no*

quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.

Una vez que el legislador europeo ha legislado en relación a los mecanismos para que los acreedores se muestren razonablemente tolerantes antes de iniciar un proceso de ejecución, así como mecanismos alternativos a la ejecución para liberar al deudor moroso, este se centra en un segundo objetivo de la política económica como es el reembolso en los casos en los que la deuda hipotecaria no quede saldada con la enajenación del bien en garantía.

El párrafo segundo del art. 28-5 tendría una aplicación subsidiaria: sería imperativo para los Estados miembros cuando los Derechos internos previesen al acreedor hipotecario la posibilidad de pedir la cantidad que falte para saldar el crédito hipotecario una vez se hubiese enajenado o subastado el bien garantizado con hipoteca. Si algún Estado miembro previese imponer el contenido del art. 28-4 no ya de forma potestativa (como prevé su propio tenor), para el caso de que las partes contratantes lo estimasen oportuno, sino obligatorio para todos los supuestos de realización de una garantía hipotecaria (opción que sería posible en tanto que la Directiva 2014/17 se trata de una armonización de mínimos como recuerda su propio art. 2, pudiendo adoptarse disposiciones más estrictas en pos de la protección del consumidor) no sería preciso recurrir al tenor del art. 28-5 en tanto que la deuda quedaría saldada *ex lege*. Tampoco si, aun no imponiéndose obligatoriamente, las partes contratantes conciertan una transferencia del bien de conformidad al art. 28-4 de la Directiva a modo de dación en pago.

De esta forma cuando las partes contratantes no hubiesen recurrido a mecanismos destinados a limitar la responsabilidad del deudor por la cuantía del préstamo hipotecario y por su valor en el momento de realización de la garantía no hubiese sido posible obtener una suma suficiente para satisfacer plenamente al acreedor con la liquidación, el objetivo del legislador europeo sería establecer mecanismos que permitan al consumidor cumplir sus obligaciones residuales de manera no excesivamente traumática, a fin de evitar situaciones de profundo empobrecimiento y posible exclusión social⁵⁷⁷.

Por reembolso habrá que atenderse al concepto ofrecido en el art. 25-1 de la propia Directiva 2014/17: la liquidación total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato de crédito. Y ello supondría no sólo tener en consideración los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir, sino las propias cuotas ya abonadas por el propio deudor hipotecario y que tendrán que tenerse en consideración a la hora de determinarse la cantidad que faltaría por abonarse derivada del préstamo.

Puede criticarse que, dado el escenario de sobreendeudamiento de los particulares originador del gran número de impagos puesto de referencia al inicio del presente epígrafe (y concesión irresponsable de préstamos), se mantenga sin paliativos la obligación de reintegro total de las deudas aun habiéndose ejecutado el bien inmueble. Quedará

⁵⁷⁷ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p 499.

eventualmente en manos de los estados promover, en línea con el documento de trabajo de la comisión para prevenir las ejecuciones hipotecarias, las reestructuraciones de deuda o renegociaciones de las condiciones de los préstamos en función de las circunstancias particulares de los consumidores prestatarios.

No obstante, como se ha argumentado en el punto anterior, en casi todos los Estados miembros de la Unión rige el principio de responsabilidad patrimonial universal, y por ende la posibilidad de proseguir la ejecución por la cantidad que falte una vez el producto de la subasta hipotecaria sea insuficiente⁵⁷⁸. Esta es la poderosa razón por la que el legislador comunitario, aun siendo sensible con el escenario de impago y ejecución masivos experimentado en Europa, no ha podido implantar con carácter obligatorio que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la misma sean suficientes para extinguir la obligación derivada del préstamo.

1.5 La obligación de dotarse de procedimientos que permitan que el precio obtenido por el bien se obtenga al mejor precio

⁵⁷⁸ A modo de ejemplo, en España el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. En Irlanda el *Code of Conduct on Mortgage Arrears* permite a los prestamistas introducir una declaración en el requerimiento por notificación fehaciente (*durable medium*) al prestatario manifestando que, independientemente de la forma en que se recupere la propiedad y se disponga de ella, el prestatario seguirá siendo responsable de la deuda pendiente, incluidos los intereses devengados, los gastos, los gastos jurídicos, los gastos de venta y otros gastos conexos, si es el caso (p. 47-d, *irrespective of how the property is reposessed and disposed of, the borrower will remain liable for the outstanding debt, including any accrued interest, charges, legal, selling and other related costs, if this is the case*). Según el art. 120-quinquiesdecies 6 del Texto Único Bancario Italiano, En los casos, distintos a la transferencia del bien inmueble en los que el acreedor hipotecario opte por ejecutar el crédito hipotecario y tras la ejecución de la garantía quede una deuda residual a cargo del consumidor, la obligación de pago correspondiente comenzará seis meses después de la conclusión del procedimiento de ejecución (*Nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all'espropriazione immobiliare e, a seguito dell'escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva*). Igualmente, el Código de proceso civil portugués, en su art. 54-3 establece que cuando la ejecución se haya interpuesto únicamente contra el tercero y se reconozca la insuficiencia de los bienes gravados con la garantía real, el ejecutante podrá solicitar, en el mismo proceso, la continuación de la acción de ejecución contra el deudor, al que se demanda para la satisfacción completa del crédito ejecutivo (*Quando a execução tenha sido movida apenas contra o terceiro e se reconheça a insuficiência dos bens onerados com a garantia real, pode o exequente requerer, no mesmo processo, o prosseguimento da ação executiva contra o devedor, que é demandado para completa satisfação do crédito exequendo*), y el art. 752-1 permite la ejecución contra otros bienes si son insuficientes para lograr el fin de la ejecución.

Por su parte el art. 28-5 párrafo primero de la Directiva 2014/17 establece que *“Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria”*.

Esta disposición, que destaca por su la generalidad de sus términos, se limita a identificar un objetivo de la política económica de la Directiva orientando a los Estados miembros para hacer sus mecanismos de ejecución forzosa de la garantía hipotecaria más eficientes cuando fuese necesario.

La Directiva no establece expresamente qué medidas deben introducirse a nivel nacional para alcanzar tales objetivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Por lo tanto, las medidas y su contenido, así como su realización, dependen principalmente de la forma en que se regulen los procedimientos de ejecución de la hipoteca en un Estado miembro y de los instrumentos con los que se proteja normalmente a los deudores dentro del procedimiento de ejecución de la hipoteca. En cualquier caso no se especifican tales medidas y ni siquiera se establecen los criterios que deben seguir los Estados miembros al evaluar las medidas existentes e introducir otras nuevas para aliviar la posición de los consumidores como deudores⁵⁷⁹.

La voluntad del legislador europeo se orientaría a evitar el recurso a mecanismos procesales complejos por los Ordenamientos nacionales, sugiriéndose incluso la adopción de otros mecanismos de liquidación del bien ofrecido como garantía (como los comentados en anteriores párrafos respecto a la transmisión). En cualquier caso lo que sí se desprendería inequívocamente sería el establecimiento de criterios más objetivos para la tasación del valor real de mercado en el momento del incumplimiento, así como la cuidadosa ponderación de las responsabilidades de los profesionales implicados⁵⁸⁰.

Y es que, como aclaró el maestro CHIOVENDA, el proceso de ejecución forzosa tiene como naturaleza la expropiación de la facultad de disposición que correspondería al propietario deudor. Y en esta relación, la función que adoptaría el poder judicial no sería la de administrar el bien, sino más bien la de coordinar (en un modo análogo a la relación contractual) al acreedor con el mejor oferente del valor del inmueble del deudor para la óptima satisfacción del crédito⁵⁸¹.

Del tenor del propio artículo 28-5 no se desprende que la adaptación tenga que producirse a algún tipo de procedimiento concreto (judicial o extrajudicial, o alternativo a los mismos). Solo que sirva para obtener el mejor precio por la propiedad ejecutada. Tampoco el momento procesal en el que se tenga que asegurar la mejor obtención del precio: si en la valoración del bien en el momento del contrato, en el momento del

⁵⁷⁹ JOSIPOVIĆ, T., «Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive», cit., pp. 251-252.

⁵⁸⁰ BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», cit., p. 498.

⁵⁸¹ CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», *Rivista di Diritto processuale civile*, vol. III, I, 1926, pp. 99-100.

incumplimiento o en la transmisión (entendiéndose, por la expresión “se obtenga”, que se refiere a una etapa final del proceso de enajenación, en el que se transmite la propiedad).

De este modo entendemos que la atención legislativa de este enunciado se centra en la fase de realización (subasta o tasación a los efectos de transmisión), en contraposición con la valoración del bien en otros momentos del contrato (aspecto abordado en el art. 19 de la Directiva), siendo de este modo el objetivo fundamental que “se obtenga el mejor precio”. Es lo que FLORES PRADA denomina principio de competitividad del precio en la realización del bien, en el que se orientaría a la consecución de ventas provechosas a precios de mercado, garantizándose la obtención del mejor rendimiento posible por la venta de los bienes trabados⁵⁸².

Por regla general, si el bien se enajena a través de subasta, el espíritu del art. 28-5 de la Directiva 2014/17 va a perseguir que en el proceso de venta forzosa el bien sea transmitido con el mejor precio posible, más cercano al valor real de mercado.

Como clarifica ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, el requisito de la publicidad de la subasta consiste en una *provocatio ad offerendum*, la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado. De este modo la adecuada difusión de la subasta se consigne teniendo en cuenta no sólo el medio a través del cual se publican los anuncios sino también señalando un plazo entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta, plazo que, en los textos legales, se gradúa teniendo en cuenta la naturaleza mueble o inmueble de los bienes y, en el primer caso, su importancia económica⁵⁸³.

No obstante, los procedimientos de subasta inmobiliaria reglamentados en los Estados miembros por regla general van a tender a una publicidad limitada, centrándose las actuaciones y su repercusión en el órgano jurisdiccional que esté acometiendo las actuaciones ejecutivas y sin proyectarse a la totalidad de un mercado objetivo de adquirientes de viviendas.

De este modo en el sistema francés del *Code des procédures civiles d'exécution*, la publicidad de la subasta, si bien intenta ser lo más amplia posible de postores, tiene igualmente como objetivo mantener la dignidad del deudor cuyo bien es subastado desde la Ley de 23 de enero de 1998⁵⁸⁴. Por ello de cara a la subasta se establece un doble régimen de publicidad: por un lado, la llamada publicidad de régimen común (*publicité de droit commun*) y una serie de mejoras voluntarias. El régimen de publicidad común se

⁵⁸² FLORES PRADA, I., *El procedimiento de apremio en la ejecución civil*, cit., edición online, sección “Apremio y realización de los bienes embargados”.

⁵⁸³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La oposición a la subasta notarial de la prenda: especial referencia a la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro 5º del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales», cit., p. 64.

⁵⁸⁴ HOONAKKER, P., *Procédures civiles d'exécution*, cit., p. 399.

regula en el art. R322-31 del mencionado Código de proceso civil de ejecución, anunciándose a iniciativa del acreedor en un plazo de entre uno y dos meses antes de la audiencia de la subasta, y comprende dos actuaciones: la inserción del anuncio de la subasta como avisos en los periódicos (art. R322-33) y, por otra parte, la publicidad de un aviso en la sede del tribunal, en un lugar fácilmente accesible al público (similar al edicto), publicándose asimismo en uno de los boletines jurídicos de la circunscripción del lugar de la propiedad enajenada. Por su parte las mejoras voluntarias, reguladas en el art. R322-36, suponen que el acreedor podrá utilizar cualquier medio de información adicional para anunciar la venta (pudiéndose incluir internet), siempre que no suponga un coste adicional para el deudor ni permita revelar su nombre.

En cualquier caso, la mejora voluntaria de la publicidad en la subasta es meramente potestativa y dependerá exclusiva y discrecionalmente de la voluntad del acreedor, que puede tener un conflicto de intereses respecto al destino final del bien (por ejemplo, pudiendo no interesarle una publicidad excesiva para reducir el número de postores y adjudicarse el bien inmueble a un precio inferior).

El sistema francés contiene otras patologías que podrían evitar la consecución del mejor precio de la propiedad. Las pujas deben realizarse de forma presencial, en la audiencia de adjudicación fijada por el juez de la ejecución convocada en la audiencia de orientación (art. R322-26 del Código de Ejecución Civil). Además, los postores no pueden pujar de forma directa, sino que tienen que actuar con la postulación de un abogado colegiado en la jurisdicción del juzgado en el que se esté subastando el bien (art. R322-40 del Código de Ejecución), ofreciéndose una caución del 10% del bien subastado con un mínimo de 3000 euros (art. R322-41), y una vez se inicien las pujas debe mediar un máximo de noventa segundos desde la última (art. R322-45).

Si bien la exigencia de una caución es un patrón común similar en el Derecho procesal español (cuya finalidad buscaría evitar la quiebra de la subasta), el requisito de presencialidad y la postulación de letrado pueden señalarse como circunstancias claramente limitadoras de la concurrencia de postores, y por lo tanto dificultador de obtener un precio de mercado más preciso.

Un régimen similar se produce en Italia, si bien más abierto a una mayor publicidad. El artículo 490 del *codice di procedura civile* establece que cuando la ley exija que se dé un aviso público a un acto ejecutivo, se debe colocar un aviso que contenga todos los datos que puedan ser de interés para el público en el portal del Ministerio de Justicia en un área pública denominada “portal de ventas públicas”⁵⁸⁵.

El Derecho procesal civil italiano prevé dos regímenes de enajenación o venta de los bienes inmuebles: el llamado *con incanto* o con publicidad, donde se prevería la

⁵⁸⁵ La traducción es mía. Artículo original: *Quando la legge dispone che di un atto esecutivo sia data pubblica notizia, un avviso contenente tutti i dati, che possono interessare il pubblico, deve essere inserito sul portale del Ministero della giustizia in un'area pubblica denominata "portale delle vendite pubbliche"*. A fecha de redacción del presente trabajo, 27/07/2020, dicho portal web se encuentra en <https://pvp.giustizia.it/pvp/>.

posibilidad de subasta (art. 534 *c.p.c.*) y el conocido como *senza incanto*, en cuyo caso el juez de ejecución ordena la venta de los bienes a través de un comisionista, o confiándose al instituto judicial de ventas de la jurisdicción correspondiente o, mediante decisión motivada, a otra persona especializada en la materia encargada de la venta (art. 532 *c.p.c.*), permitiéndose un concurso o subasta a sobre cerrado si mediasen varias ofertas de adquisición del bien.

En el caso de tratarse de una venta *con incanto*, el juez de ejecución mediante la Orden para la asignación o autorización de la venta dispuesta en el artículo 530, determinará el día, la hora y el lugar en que deba efectuarse, y confiará su ejecución al Secretario o al funcionario judicial o a una institución autorizada para ello.

Después de celebrarse una audiencia preliminar conforme a los requisitos del art. 569 *c.p.c.*, el juez puede entre otras posibilidades legales ordenar la venta de los bienes. De este modo, en virtud del art. 570 del mismo *c.p.c.* se desprende que la Orden de venta del inmueble será dada por el secretario del tribunal, de conformidad con el artículo 490 (antes aludido) con un aviso público que contenga, entre otros datos, el valor de la propiedad (determinado de conformidad con el artículo 568), el sitio web en el que se publica el informe de tasación, con la advertencia de que el secretario del tribunal puede proporcionar más información, incluidos los detalles del deudor, a cualquier persona interesada.

El sistema italiano de por sí ya introduce un *plus* respecto a la legislación francesa, en tanto que permite la publicación de la venta por internet, lo que permite dar noticia de la enajenación judicial a un espectro más amplio de mercado. Además, de conformidad al art. 490, la publicación en periódicos o publicidad comercial puede llevarse a cabo salvo que el juez de ejecución no haya prescrito la realización, dado su carácter facultativo⁵⁸⁶. En tal caso habría una publicidad extraordinaria.

En cualquier caso, bajo cualquiera de las dos modalidades se exigiría la comparecencia personal de los licitadores u oferentes. En el caso de la venta *senza incanto*, el art. 571 establece que el oferente debe, por sí mismo (precisando la ley que personalmente) o asistido de abogado (no se establece una postulación obligatoria), presentar una solicitud en la oficina del secretario del juzgado en la que se indique el precio, el plazo y la forma de pago y cualquier otro elemento útil para la evaluación de la oferta. En el caso de tratarse de una subasta bajo la modalidad *con incanto*, el art. 579 establece la necesidad de presentar en la secretaría del tribunal una declaración con el precio y el modo de pago con tres posibilidades para los licitadores interesados: o bien personalmente, o bien por medio de abogado o por representante con poder especial.

Por ello el sistema italiano presentaría un problema similar al Derecho francés: aunque goza de mayor publicidad en el anuncio de la subasta, la comparecencia de los

⁵⁸⁶ SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, 5, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2016, p. 1302, en una redacción similar al art. 13-1 q del Decreto Legislativo de 27 de junio de 2015, n. 83.

licitadores u oferentes debe ser personal o por medio de abogado o representante legal en la sede de la secretaría del tribunal.

Como modelo de referencia, planteamos la subasta electrónica configurada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española tras su redacción por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

Con el sistema español la subasta se lleva a cabo, en todo caso, de forma electrónica en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal del Boletín del Estado⁵⁸⁷ (art. 644 LEC). Ello implica que no se celebra en la sede del tribunal, como en el resto de Estados de la Unión Europea, sino en un portal web accesible por toda la ciudadanía.

El Letrado de la Administración de Justicia una vez firma la convocatoria de la subasta la anuncia tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Portal de Subastas (art. 645-1 LEC), pudiendo utilizar si lo considera oportuno los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar. En el anuncio se hace constar la fecha del mismo, la Oficina judicial ante la que se sigue el procedimiento de ejecución, su número de identificación y la dirección electrónica que corresponda a la subasta en el Portal de Subastas.

Los licitadores deben darse de alta e identificarse suficientemente en el Portal de Subastas y declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la subasta, además de consignar el 5 por ciento del valor de los bienes al que pretende pujar. La consignación puede hacerse por medios electrónicos a través del portal de subastas (art. 647 LEC).

De esta forma en el sistema español la subasta en sí tiene lugar en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, de manera electrónica y con todos los intercambios de información de las Oficinas judiciales de manera telemática. Una vez abierta la subasta se realizan las pujas de forma electrónica, informando el portal durante la celebración de la existencia y cuantía de las pujas. La subasta se abrirá transcurridas las veinticuatro horas desde la apertura en el Portal electrónico de subastas y se enviarán telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de Subastas, que devolverá un acuse técnico, con inclusión de un sello de tiempo, del momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía (art. 648).

Tal y como establece el art. 649 de la LEC la subasta admitirá posturas durante un plazo de veinte días naturales desde su apertura, y no se cerrará hasta transcurrida una hora desde la realización de la última postura (siempre que ésta fuera superior a la mejor realizada hasta ese momento) ampliándose el plazo inicial de 20 días a un máximo de 24 horas.

El sistema de subasta electrónica instaurado con la Ley 19/2015, de 13 de julio dista en gran medida del anterior, presencial y en acto presidido por el Letrado de la

⁵⁸⁷ Disponible en web en <https://subastas.boe.es/>, consultado el 28 de julio de 2020.

Administración de Justicia. Tal y como establece el Punto I del Preámbulo de dicha ley, la subasta electrónica ofrece grandes ventajas frente a la presencial, en tanto que la segunda adolecería de serios inconvenientes como la falta de publicidad. El anuncio era escaso (principalmente a través de edicto) y su difusión era limitada, lo que dificultaba la concurrencia licitadores y a su vez una escasa participación. Con la subasta electrónica igualmente se vencen las limitaciones de acceso que existía con la subasta presencial, aspecto que complica la participación en tanto que los licitadores debían concurrir en persona o representados al obligarles a estar en un lugar, día y hora determinados (lo que a través de la celebración en un portal electrónico se disiparía) con todo el rigor formalista que conllevaba.

De esta forma con el sistema español de subasta electrónica se consiguió, tal y como quedó constancia en el punto II del Preámbulo de la Ley 19/2015, la multiplicación de la publicidad de los procedimientos, la facilitación de información casi ilimitada de la subasta y del bien⁵⁸⁸; e igualmente la posibilidad de pujar casi en cualquier momento y desde cualquier lugar, lo que genera un sistema más eficiente para todos los afectados. Además, como recalca el propio punto II del Preámbulo la realización de un bien por subasta electrónica no tiene menos garantías que la presencial⁵⁸⁹.

La mayor transparencia que se produce en la subasta judicial restringe sobremanera, como ha advertido la doctrina, la participación de profesionales de la especulación⁵⁹⁰ cuyo concierto y conocimiento del sistema presencial (unido al rigorismo y conocimiento particular de las circunstancias fácticas de cada juzgado) limitaban la

⁵⁸⁸ Circunstancia ya advertida por la doctrina incluso anterior a la promulgación de la Ley, pues como recuerda DE PABLOS O'MULLONY, J. M., «Las subastas electrónicas. Posibilidades y modelos a seguir», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 890-891, la subasta presencial se realiza a través de procedimientos encorsetados, investidos de rigor formalista que si bien en otra época hubiese sido un factor sustentador de garantías a día de hoy limita y enmaraña el fin mismo de la subasta. Por ello se hace preciso tender, en opinión del autor, a un sistema de subasta electrónica con las garantías de seguridad jurídica, y transparencia, y ello a pesar del principio de neutralidad tecnológica (en base al cual cada usuario tendría libertad para emplear o interactuar con la Administración o los poderes públicos con la tecnología de su elección, limitable en el caso de instaurar una subasta electrónica dado el fin perseguido con la misma y los intereses en juego).

⁵⁸⁹ Como se plasma en el preámbulo, desde el inicio de la participación se produce una identificación inequívoca de todos los que en él intervienen, mediante certificado reconocido de firma electrónica o mediante firma con sistemas de claves previamente concertadas. El sistema garantiza con certificado electrónico todas y cada una de las transacciones, en las que un sello determinará el momento exacto en el que tuvieron lugar; el certificado reconocido de firma electrónica, unido al sello de tiempo y a la trazabilidad de todos los procesos, garantiza de forma absoluta la transparencia del procedimiento. El responsable de la subasta sería en todo caso el Secretario judicial, al que debe suministrársele la información necesaria para que pueda supervisar que el procedimiento se ha desarrollado correctamente. Pero se consigue un modelo mucho más transparente, capaz de dar respuesta a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia. Y al tratarse el organismo encargado de la llevanza del Portal de Subastas la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, se aportaría al procedimiento confianza y garantía. Vid. CORDÓN MORENO, F., «La subasta electrónica», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., SIGÜENZA LÓPEZ, J., TOMÁS TOMÁS, S. y CASTILLO FELIPE, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 343-345.

⁵⁹⁰ ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «La reforma de las subastas judiciales por las Leyes 19/2015, de 13 de julio y 42/2015, de 5 de octubre: problemas que se solventan y nuevos que se generan», *Diario La Ley*, vol. 8644, 2015, edición online.

plena participación de la ciudadanía interesada en los procesos de venta por medio de subasta. Esta circunstancia provocaba la transmisión del bien inmueble por un precio muy inferior al valor real del mercado. Aun así, si bien el sistema tiende a la mayor transparencia puede tacharse de diferentes efectos (como la brecha tecnológica de los usuarios de la administración de justicia, o la falta de medios materiales) si bien se han alcanzado las ventajas pretendidas en comparación con el modelo anterior⁵⁹¹.

Por su importancia también resulta destacable el método de subasta electrónica previsto en Derecho portugués. El método establecido como preferente por la ley es el de la venta por subasta electrónica (art. 837-1, CPC). Este mecanismo debe respetar las normas establecidas por la Ordenanza (*Portaria*) n° 282/2013, 29/08. La subasta electrónica es el método de venta de los bienes pignorados, que tiene lugar en una plataforma electrónica accesible en Internet⁵⁹², diseñada específicamente para permitir la licitación de los bienes que se van a vender en el proceso de ejecución, en los términos definidos en dicha ordenanza y en las normas del sistema que pueden ser aprobadas por la entidad gestora de la plataforma y aprobadas por el miembro del Gobierno responsable de justicia (art. 20 de la Ordenanza)⁵⁹³. Las ofertas de licitación se harían a través de la misma plataforma (art. 23 de la Ordenanza) entre el momento de la apertura de la subasta y el día y la hora designados en la plataforma electrónica, pudiendo aceptar solo ofertas con una cantidad igual o mayor que el precio de oferta base de cada artículo a vender. Finalmente, el agente de la ejecución adjudicaría los bienes al mejor postor (art. 26 de la Ordenanza).

Cuando la subasta electrónica no sea posible o no se produzca ninguna puja, se utilizará el método de venta por carta cerrada (art. 816 y ss. CPC, estableciendo dicho precepto que las ofertas de los licitadores las entregarían en el juzgado en sobre cerrado y se abrirían al término de la venta en presencia del juez, atribuyéndose a quien haga la oferta más alta). Otros métodos admitidos por la ley serían la transferencia de la propiedad a quien ofrezca el mejor precio en un establecimiento de subasta, opción que para darse debe ser sugerido por el acreedor, el deudor o uno de los acreedores hipotecarios sin ninguna oposición del resto (arts. 834 y 835 CPC).

Los mecanismos de publicidad de la venta judicial son igualmente amplios en el Derecho portugués. La subasta electrónica se anuncia en la plataforma electrónica accesible arriba señalada, del que es responsable el Ministerio de Justicia y cuyo reglamento se encuentra en la anteriormente aludida Orden 282/2013, de 29 de agosto (arts. 837 CPC y 19-1 de la Orden). La venta por propuesta en carta cerrada se anuncia igualmente en tal portal (art. 19-1 de la Ordenanza), e igualmente mediante un aviso colocado en la puerta del inmueble ejecutado (art. 817-1 del CPC). El agente de la

⁵⁹¹ LÓPEZ PICÓ, R., «La subasta judicial electrónica», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., GARCÍA MOLINA, P., CONDE FUENTES, J. y ARRABAL PLATERO, P. (coords.) *Tendencias actuales del Derecho procesal*, Granada, Comares, 2019, pp. 380-382.

⁵⁹² Visto en web el 28/07/2020 en <https://www.citius.mj.pt/>.

⁵⁹³ JARDIM, M. Y OTROS, *85 preguntas sobre a hipoteca imobiliária*, cit., p. 85.

ejecución (u otra parte interesada) pueden adoptar otros medios de publicidad de la venta (art. 817-2 CPC) si lo considerasen oportuno.

En cualquier caso, dada la comparativa anterior, el modelo instaurado en el Derecho procesal civil español o portugués de subasta electrónica se perfila como el más idóneo para permitir una mayor transparencia y publicidad de la subasta, susceptible de atraer al mayor número de interesados posible y obtener un precio lo más similar con el valor de mercado, cumpliéndose el objetivo pretendido con el art. 28-5 de la Directiva 2014/17.

Por último, otras de las posibles medidas para transmitir el bien con el mejor precio que podrían apuntarse sería el establecimiento de un límite mínimo para aprobar el remate tras la subasta. Así ocurriría con el artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, previéndose en el art. 671 que si en la subasta no hubiese ningún postor el acreedor no podrá adjudicarse el bien por debajo del 70% del valor con el que el bien hubiese salido a subasta si se trata de la vivienda habitual del deudor (un 50% si no se trata de vivienda habitual). En Derecho procesal italiano el art. 571 *c.p.c.* establece que en la venta *senza incanto* las ofertas no pueden ser inferiores en más de un cuarto al precio legalmente determinado o si el oferente no da una garantía, no inferior a un décimo del precio propuesto por él⁵⁹⁴. Además, el art. 503 prevé que el juez habrá de tramitar la venta a través de la modalidad *con incanto* cuando considere probable que la venta de esta manera se realice a un precio superior a la mitad del valor del bien (determinado conforme al art. 568 *c.p.c.*).

2. La tasación de los bienes inmuebles

El último de los preceptos jurídicos de la Directiva 2014/17, con más incidencia en los procesos nacionales de ejecución forzosa, es el art. 19, relativo a la tasación de los bienes inmuebles, en cuya virtud “1. *Los Estados miembros velarán por que en su territorio se establezcan normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial a efectos del crédito hipotecario. Los Estados miembros exigirán a los prestamistas que garanticen la utilización de esas normas cuando lleven a cabo una tasación de bienes inmuebles o que adopten medidas para garantizar la aplicación de dichas normas cuando la tasación sea realizada por terceros. Las autoridades*

⁵⁹⁴ En base al límite establecido en el art. 13-1 q del Decreto Legislativo de 27 de junio de 2015, n. 83.

nacionales, cuando sean responsables de la reglamentación relativa a los tasadores independientes que llevan a cabo las tasaciones de bienes inmuebles, velarán por que dichos tasadores cumplan la normativa nacional establecida. 2. Los Estados miembros velarán por que los tasadores internos y externos que lleven a cabo las tasaciones de bienes inmuebles sean profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos, de modo que puedan establecer una tasación imparcial y objetiva, la cual estará documentada en un soporte duradero, manteniendo el prestamista un registro de la misma.”

Este artículo se complementa con el anteriormente comentado art. 28-5 párrafo primero, en tanto a que inciden sobre el valor del bien inmueble buscando una cuantificación objetiva del mismo. En cualquier caso, la norma radicada en el art. 19 de la Directiva se orienta a una tasación en cualquier momento de la formación del contrato garantizado con hipoteca: bien en fase precontractual, bien al momento de la suscripción del contrato, o en el momento del incumplimiento de la obligación crediticia.

De esta forma el texto de la Directiva se incluye la tasación de la garantía en los requisitos mínimos de conocimientos y competencias exigibles a los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados. Pero además el artículo 19 incluye una regulación expresa sobre normas de tasación de los bienes, estableciéndose en el párrafo primero que los Estados miembros velarán por que en su territorio se establezcan normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial a efectos del crédito hipotecario.

A su vez se contiene la exigencia para que los prestamistas garanticen la utilización de tales normas cuando lleven a cabo una tasación de bienes inmuebles o cuando la tasación sea realizada por terceros. Con esta medida se pretende garantizar la independencia en la tasación del bien inmueble⁵⁹⁵, dividiéndose la función financiera (cubierta por el prestamista) de la tasadora. Ante el riesgo de la injerencia de una en otra la obligación no solo se dirige a los prestamistas sino igualmente a los tasadores independientes que llevan a cabo las tasaciones es cuestión, debiéndose obligar a que dichos tasadores cumplan la normativa nacional establecida.

En el párrafo segundo se establece, además, que los Estados miembros velarán por que los tasadores internos y externos que lleven a cabo las tasaciones de bienes inmuebles sean profesionalmente competentes y suficientemente independientes respecto del proceso de suscripción de créditos, de modo que puedan establecer una tasación

⁵⁹⁵ Un ejemplo de la injerencia de una función en otra puede comprobarse en la Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 478/2013 de 18 julio (RJ 2013, 5532), en la que se determina la responsabilidad contractual de una sociedad de tasación por los perjuicios derivados de una sobretasación de varios inmuebles sobre los que se constituyeron hipotecas en garantía de sendos préstamos, resultando que el valor asignado en su momento a cada uno de los inmuebles en los trámites previos a la concesión de los préstamos fueron muy superiores al valor de mercado de los mismos inmuebles en aquella época. La sentencia igualmente determinó la contribución causal a tal sobretasación de la entidad financiera (que incumplió la verificación de la suficiencia de las garantías antes de conceder los préstamos), y en concreto del director de una oficina, que urdió una trama para encargar las tasaciones a una sociedad tasadora específica.

imparcial y objetiva, la cual estará documentada en un soporte duradero, manteniendo el prestamista un registro de la misma.

En el considerando 9º de la Directiva 2014/17 se mantiene la idea fuerza de la Propuesta de la Comisión de 2011, en cuya virtud los Estados tienen la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales en los ámbitos no cubiertos por la Directiva, entre otros aspectos para establecer que las partes puedan elegir de mutuo acuerdo tasador o empresa de tasación o notarios. Ahora bien, a pesar de tal margen de discrecionalidad, el considerando 26º deja clara la importancia de garantizar que el bien inmueble de uso residencial sea objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de crédito y, en particular cuando la tasación afecte a la obligación residual del consumidor, en caso de impago. Es por ello que en la Exposición de Motivos se deja claro que conviene exigir a los Estados miembros que garanticen el establecimiento de normas fiables de tasación, y para que éstas sean consideradas fiables deben tener en cuenta las normas de tasación reconocidas internacionalmente, citando la Directiva en particular las elaboradas por el Comité Internacional de Normas de Valoración, el Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores o la *Royal Institution of Chartered Surveyors*.

Dichas normas de tasación, reconocidas internacionalmente en el considerando 26º, contienen principios que exigen que los prestamistas adopten y asuman, entre otras cosas: (1) procedimientos adecuados de gestión de los riesgos internos y de las garantías bajo una valoración sólida con objeto de adoptar métodos y normas de evaluación que conduzcan a tasaciones realistas y fundamentadas de los inmuebles a fin de garantizar que los informes de tasación se elaboren con la adecuada competencia y diligencia profesionales; y (2) que los tasadores cumplan determinados requisitos de cualificación y mantengan a efectos de garantía una documentación de tasación adecuada que sea detallada y plausible.

Como sostienen algunos autores, la intención del legislador europeo se orienta a intentar introducir criterios standard en su valoración (al entender que la tasación afecta indudablemente a la cantidad del crédito al consumo) debido al planteamiento de la particularidad de la garantía hipotecaria como crédito al consumo, y al avanzar en esta dirección se intenta conseguir que los Estados Miembro adecúen en su normativa interna las normas de valoración internacionales de los inmuebles para asegurar que se tasan conforme al valor de mercado y bajo un procedimiento transparente⁵⁹⁶.

Pero, en cualquier caso, si bien estas normas internacionales de valoración constituyen un criterio orientador señalado en los considerandos de la Directiva 2014/17, en ningún modo se establece una obligación directa y vinculante para asumirla. Como respondió el Vicepresidente de la Comisión Valdis DOMBROVSKIS en la contestación a la pregunta E-003002/2017 el 15 de junio de 2017 en el Parlamento Europeo⁵⁹⁷, para que

⁵⁹⁶ FUCCI, K., «La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali. Artt. 18-19-20», en SIRENA, P. (coord.) *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Gruppo 24 ore, 2016, pp. 390-391.

⁵⁹⁷ Visto en web en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-003002-ASW_EN.html el 28 de julio de 2020.

se consideren fiables las normas de tasación deben basarse en normas reconocidas internacionalmente, como las arriba referidas (por ejemplo las elaboradas por el Comité Internacional de Normas de Tasación). No obstante, la Directiva 2014/17 deja a los Estados miembros la tarea de definir un método de tasación apropiado. De esta forma la Directiva no limita la discreción de los Estados Miembros en cuanto al método de valoración.

A lo que sí obligaría el art. 19 de la Directiva, en base a la normativa nacional libremente adoptada por el Estado (a lo que resultaría de aplicación el principio de autonomía procesal), sería a que los tasadores de bienes inmuebles tengan una cualificación profesional, actúen con la suficiente independencia de las entidades prestamistas y puedan intervenir con imparcialidad y objetividad en el ejercicio de sus funciones de tasación.

Como se ha dicho más arriba, este precepto sería de aplicación con independencia de la fase del contrato en la que intervenga el tasador (desde la precontractual a la ejecución de la garantía). Pero en cualquiera de estos tres escenarios los criterios del art. 19 de la Directiva 2014/17 resultarían aplicables.

Esta función del tasador adquirirá un especial matiz cuando la tasación sea en sede de ejecutiva o pueda tener repercusiones en sede ejecutiva, en tanto que puede tener una correlación directa en el precio que se obtendrá de la realización (si sirve de tipo para la subasta) para obtener el mejor precio de la propiedad; o cuando la tasación sea para determinar el valor del bien al momento del incumplimiento para su transferencia directa. En tales casos el art. 19 tendría que complementarse con el art. 28 4 y 5 de la Directiva.

Tal cuestión tendrá una especial incidencia en los Derechos procesales internos, sobre todo en aquellos casos en los que la tasación inicial de la hipoteca sirve de base para determinar el valor por el que el bien sale a subasta. Ello sucede en el Derecho español, cuyo art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “se procederá a su avalúo, a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución”. Es preciso tener en cuenta que el art. 682 2 1º LEC, relativo a los requisitos que tiene que tener un título ejecutivo para poderse recurrir al proceso de ejecución especial sobre bienes hipotecados o pignoralados, se exige que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario⁵⁹⁸. De esta forma en el sistema español la determinación del valor de tasación,

⁵⁹⁸ Como habilitación de esta norma se encontraría la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles. Esta Orden establece cinco métodos técnicos de valoración para determinar el valor del inmueble: el método de coste, el de comparación, de actualización de rentas y residual (art. 15). Con estos métodos se obtendrían tres tipos de valores: el valor de mercado, el hipotecario y el de reemplazamiento. El art. 4 de la Orden establece un concepto para el valor de mercado o venal del inmueble: el precio al que podría venderse el inmueble, mediante contrato privado entre un vendedor voluntario y un comprador independiente en la fecha de la tasación en el supuesto de que el bien se hubiere

aun siendo en fase precontractual (manifestada finalmente en el valor fijado en el contrato de préstamo garantizado con hipoteca) tiene una especial repercusión en la ejecución judicial derivada del incumplimiento.

El problema del sistema español es que, dada la configuración legislativa, no se prevé el nombramiento de un perito tasador independiente o judicial en el momento de la realización, puesto que de mediar una tasación aceptada por las partes incluso si es en un momento precontractual esta desplazaría, por obra del art. 637, toda tasación independiente y más cercana en el momento al momento de la enajenación.

En el sistema italiano la valoración de los bienes inmuebles se regularía con carácter principal en el art. 120 duodecies del Texto Único Bancario anteriormente citado. En base al mismo los prestamistas aplicarán normas fiables para la valoración de los bienes inmuebles residenciales para fines de crédito hipotecario, e igualmente cuando la valoración sea realizada por terceros. Esta valoración será realizada por “personas profesionalmente competentes e independientes del proceso de comercialización del crédito” (*professionale e indipendenti dal processo di commercializzazione del crédito*), de manera que se obtenga una evaluación imparcial y objetiva, documentada en papel o en otro soporte duradero. Para ello se faculta al Banco de Italia para establecer disposiciones para la aplicación del dicho artículo, teniendo en cuenta también la base de datos del Observatorio del mercado inmobiliario de la Agencia Tributaria italiana⁵⁹⁹.

Tales criterios de valoración se aplicarían en los casos de la transferencia directa del bien pactada en el mismo contrato (art. 120 quinquiesdecies 3 d). Destaca el hecho de que a efectos de la transferencia directa se nombraría con las normas aplicables al inspector judicial del art. 696 *c.p.c.*, lo que implicaría que sería designado por el órgano jurisdiccional.

Por su parte, a efectos generales de ejecución, el art. 568 *c.p.c* establece unos criterios de determinación del valor del inmueble propios a efectos de la generalidad de ejecuciones que tengan por objeto la enajenación de inmuebles. A efectos del precepto el

ofrecido públicamente en el mercado, que las condiciones del mercado permitieren disponer del mismo de manera ordenada y que se dispusiere de un plazo normal, habida cuenta de la naturaleza del inmueble, para negociar la venta, con condicionantes (ausencia de vinculación o interés de los contratantes, comercialización adecuada, y sin incluir los impuestos). La Orden igualmente establece un valor hipotecario, que es el valor del inmueble determinado por una tasación prudente de la posibilidad futura de comerciar con el inmueble, teniendo en cuenta los aspectos duraderos a largo plazo de la misma, las condiciones del mercado normales y locales, su uso en el momento de la tasación y sus usos alternativos correspondientes. El valor de reemplazamiento bruto sería la suma de las inversiones que serían necesarias para construir, en la fecha de la valoración, otro inmueble de las mismas características, y el neto el resultado de deducir del valor bruto la depreciación física y funcional del inmueble en la fecha de la valoración.

⁵⁹⁹ El cual sería las Observaciones de la Asociación Bancaria Italiana al documento de consulta del Banco de Italia sobre el crédito inmobiliario a los consumidores de julio de 2016 “Modificación de determinados contenidos de las disposiciones de supervisión de los bancos (Circular N° 285, de 17 de diciembre de 2013) y de las disposiciones de supervisión de los intermediarios financieros (Circular N° 288, de 3 de abril de 2015) sobre la evaluación de la solvencia de los consumidores y la valoración de los bienes inmuebles”, visto en web el 28 de julio de 2020 en <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2016/credito-immobiliare/ABI.pdf>

valor del bien debe ser determinado por el juez teniendo en cuenta el valor de mercado sobre la base de los elementos proporcionados por las partes y por el perito designado judicialmente (que prestará juramento en la Secretaría mediante la firma del acta de aceptación según el art. 569-1 *c.p.c.*). El art. 568 establece una serie de criterios dirigidos al perito para determinar el valor de mercado: deberá calcular la superficie del inmueble, especificando (si la hubiese) la superficie comercial, el valor por metro cuadrado y el valor total, exponiendo analíticamente los ajustes y correcciones de la estimación (incluida la reducción del valor de mercado aplicada debido a la ausencia de garantía por defectos en el bien vendido), y especificando estos ajustes por separado para los gastos de regularización urbanística, el estado de uso y mantenimiento, el estado posesorio, las limitaciones y cargas legales que no puedan eliminarse durante el procedimiento de ejecución, así como los gastos de propiedad horizontal pendientes (si los hubiera). El Decreto Legislativo nº 27 de junio de 2015, n. 83 reescribió este precepto para establecer criterios concretos de determinación de la valoración del bien inmueble y reforzar su carácter tanto vinculante (a diferencia del tenor anterior de la norma)⁶⁰⁰.

En cualquier caso, el sistema italiano introduce un criterio más objetivo de valoración del bien por un perito con estándares legalmente fijados, designados por el órgano jurisdiccional y como una fase previa a la enajenación de los bienes.

Diverso al español y al italiano es el sistema de tasación francés. En virtud del mismo el importe del precio de la subasta será fijado por el acreedor, como determina el art. L322-6 del *Code des procédures civiles d'exécution* (CPCE francés) apareciendo como tal en el cuaderno de condiciones de la subasta (*cahier des conditions de vente*). Una particularidad de este sistema no es solo la amplia facultad de la que dispone el ejecutante sino que, en ausencia de ofertas, el acreedor será declarado automáticamente adjudicatario de la misma.

Según la doctrina que se citará en el párrafo de más abajo, este sistema cumple dos funciones: una técnica, cual es que la fijación del tipo de la subasta correspondería a la cantidad mínima a la que se pueden hacer las ofertas en la audiencia de la subasta; y la otra con relevancia jurídica cual es que el precio de asignación de la subasta en ausencia de pujas. En consideración a esta función jurídica se aceptaba que el precio se fijara a discreción del ejecutante y que esto se hiciera sin ninguna disputa.

No obstante, esta regulación ha sido tachada como poco protectora del deudor, en tanto a que el ejecutante tiende naturalmente a fijar el precio sólo en su propio interés, sin ninguna consideración del valor de mercado de los bienes embargados. Por ello, la Ley de 23 de enero de 1998 relativa a la protección de las personas sobreendeudadas, en caso de embargo de bienes inmuebles, dio al deudor el derecho de impugnar el tipo de la subasta en caso de insuficiencia manifiesta, cuando el inmueble embargado era su vivienda principal. Esta opción se generalizó a todas las ejecuciones mediante la Orden de 21 de abril de 2006, que se convirtió en el artículo L333-6 del CPCE francés. Según

⁶⁰⁰ SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 1262. En relación al régimen precedente vid. TARZIA, G., «Il bene immobile nel processo esecutivo», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 1, 1989, p. 349.

este texto, el deudor puede impugnar el precio en caso de insuficiencia manifiesta, independientemente del destino del bien inmueble embargado. De esta forma correspondería entonces al juez de ejecución fijar un precio en relación con el valor de mercado del bien y las condiciones del mismo. Esta impugnación está reservada únicamente al deudor, de modo que, como ha establecido la Sentencia de la Corte de Casación Civil (2ª Cámara), 28 de junio de 2018, nº 17-11076 la misma no puede ser planteada por el acreedor que se dé cuenta de que el precio fijado en el pliego de condiciones de venta es excesivo en relación a las condiciones de mercado⁶⁰¹.

De este modo a tenor del art. L333-6 del CPCE francés el deudor puede, cuando el importe del precio de la alteración sea manifiestamente insuficiente, solicitar al tribunal que se fije un precio en relación con el valor de mercado de la propiedad y las condiciones del mercado.

El sistema francés se aleja manifiestamente del espíritu de la Directiva 2014/17, en tanto a que la tasación a efectos de subasta no tiene por qué estar participada de un profesional (a diferencia de lo ya estudiado *ut supra* en relación al acuerdo de transferencia de garantía y venta amistosa) y por lo tanto se encontraría carente de un criterio objetivo e independiente de las pretensiones del acreedor ejecutante.

Respecto a Portugal, el Código de Proceso Civil portugués establecería la tasación como responsabilidad del agente ejecutor, oído el demandado y los acreedores con garantía sobre el bien que se va a vender (art. 812 p. 1 y 2, al. b) del Código de Proceso Civil). En lo que respecta específicamente a los bienes inmuebles, el artículo 812-3 del Código de Proceso Civil determina que el agente ejecutor debe elegir el valor de base correspondiente al mayor de los siguientes valores: a) valor patrimonial tributario, en los términos de una valoración realizada hace menos de seis años; b) valor de mercado. Cuando el valor más elevado es el valor de mercado, el artículo 812-5 del Código de Proceso Civil prevé la posibilidad de que el agente ejecutor adopte las medidas necesarias para fijar el valor del bien de acuerdo con el valor de mercado (por ejemplo, recurriendo a un perito), cuando lo considere ventajoso o cualquiera de las partes interesadas así lo desee (incluido el deudor ejecutado). El agente ejecutor notificará entonces la decisión sobre el valor básico al ejecutante, al deudor y a los acreedores que reclamen los bienes que se van a vender, preferentemente por medios electrónicos. Cuando el método de venta sea el de la venta por oferta en carta cerrada, el valor anunciado se fijará en el 85% del valor establecido de acuerdo con esas normas⁶⁰².

Del estudio de estos sistemas europeos cabría delimitarse un criterio general relativo a la objetividad de tasación de bienes inmuebles de uso residencial a efectos del crédito hipotecario y la independencia del tasador, que se traduciría en una necesidad de armonización concreta en determinados puntos de los Derechos internos. Aunque no se pudo consensuar en el plano europeo unos criterios de tasación comunes (quedando al margen de discrecionalidad de cada Estado), el criterio de la objetividad debe conducir a

⁶⁰¹ HOONAKKER, P., *Procédures civiles d'exécution*, cit., p. 376.

⁶⁰² JARDIM, M. Y OTROS, *85 preguntas sobre a hipoteca imobiliária*, cit., p. 84.

la necesidad de los Ordenamientos internos de perseguir la obtención de un valor real actualizado de cara a la ejecución procesal lo más cercano posible al momento de la realización del bien inmueble, así como la posibilidad real de asegurar la independencia de los tasadores (en aspectos como obligando a que la tasación predominante sea tenida en cuenta al momento de la ejecución, debidamente actualizada e intervenida por tasador nombrado por sorteo o insaculación judicial⁶⁰³).

III. ESTUDIO COMPARADO DE LOS MODELOS EUROPEOS DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

Analizados los avances de armonización en la materia de la ejecución de la hipoteca acometidos con la Directiva 2014/17, primera manifestación positivizada de Derecho con trascendencia hipotecaria a nivel europeo, entendemos aconsejable un estudio comparado de los principales modelos de particulares procesales en los procesos de ejecución para el supuesto de bienes gravados con hipoteca habidos en el continente europeo, para extraer patrones comunes y contribuir modestamente a la creación de una estructura procesal común europea.

Como apuntó el Informe plasmado por el grupo Storme, analizado en anteriores epígrafes, los sistemas de ejecución europeos se diferencian en tres grupos: los sistemas de Europa continental influenciados por el Código francés o por el Código alemán, conocido como franco-alemán, los sistemas de derecho anglosajón o *common law* y los sistemas del sur de Europa, como España y Portugal (y añadimos Italia) con reglas completamente diferentes⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Vid. QUESADA LÓPEZ, P. M., «La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecarios. Impacto del Derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., MORENO-TORRES HERRERA, M.L., LÓPEZ FRÍAS, M.J. y CASADO CASADO, B. (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 1179 y ss.

⁶⁰⁴ STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, cit., p. 109. Como precisa ZAPHIRIOU, G., «Harmonization of Private Rules between Civil and Common Law Jurisdictions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, pp. 95-96, la unificación de los procedimientos de cooperación judicial es una de las principales formas de aproximar los sistemas de Derecho común y los de *Common law* en tanto que ayuda a fomentar la síntesis entre las normas de Derecho privado.

De este modo y siguiendo tal esquema hemos decidido elegir una muestra de Ordenamientos jurídicos internos cuyos sistemas de ejecución de la hipoteca se analizarán en pos de determinar puntos comunes. Estos estados serán España, Portugal, Italia, Francia e Irlanda.

De hecho, el derecho comparado se ha concebido como un método especial cuyos objetivos tanto académicos (en tanto que amplía los conocimientos jurídicos) como prácticos proporcionan lecciones en las que fundamentar reformas jurídicas que pueden servir como medio para la unificación o armonización transnacional del derecho⁶⁰⁵.

Esta evaluación en materia de Derecho comparado pasaría por tres ideas, ya apuntadas por la doctrina. Por un lado, el estudio de la convergencia de las legislaciones (así como los detalles de las mismas). En segundo lugar, el estudio de las reformas jurídicas que se han ido experimentando cada uno de los sistemas a través de una evolución gradual o de reformas jurídicas explícitas en relación al tratamiento de los problemas presentes en otros Estados (lo que en los países de la Unión Europea se ha acrecentado por la interpretación jurisprudencial conferida por el TJUE, que si bien se formula a situaciones de Derecho interno, supone la interpretación del Derecho de la Unión en un sentido concreto), y por último la llamada convergencia activa: con el auge de los regímenes internacionales y supranacionales (en particular la Unión Europea, como se ha referido) se realizan esfuerzos conscientes para reducir al mínimo las diferencias entre los sistemas jurídicos a fin de armonizar las legislaciones nacionales⁶⁰⁶.

No en vano, y como advierten algunos autores, la construcción europea del Derecho procesal y la apertura de fronteras que implica no puede tener lugar sin, en primer lugar, la confrontación dialéctica de los diferentes sistemas, y luego sin una mezcla de culturas judiciales. De este modo el legislador europeo necesitará mucha inteligencia e imaginación, y los estados miembros apertura y espíritu de renuncia para progresar en el campo de la armonización del Derecho procesal civil⁶⁰⁷.

En cualquier caso, el estudio del Derecho comparado (si bien en pos de una armonización, como pretendemos en el presente trabajo) debe plantearse teniendo en cuenta dos factores: la función a la que tendería el Derecho nacional concreto o funcionalismo (como podría ser la aceleración en la recuperación del tráfico económico o la protección del consumidor) y el contexto nacional. Dado que en el mundo hay más de doscientos sistemas procesales civiles, si bien la mayoría de ellos tienden a una cierta homogenización, siempre habrá diferencias en cuanto a las medidas y estructuras de los Derechos procesales. Y serán esas diferencias las que, como sostiene la doctrina, proporcionarán una gran reserva de ideas para el desarrollo del proceso civil⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ SEIDMAN, G., «Comparative Civil Procedure», cit., p. 4.

⁶⁰⁶ SEIDMAN, G., «The New Comparative Civil Procedure», cit., p. 20.

⁶⁰⁷ NORMAND, J., «Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne», cit., p. 399.

⁶⁰⁸ PICKER, C., «Comparative Law as an Engine of Change for Civil Procedure», cit., pp. 57-58.

De este modo dentro de los parámetros que se analizarán se incluirán, entre otros, la posibilidad de acudir a un procedimiento extrajudicial; el reconocimiento del contrato garantizado con hipoteca como título ejecutivo; la competencia del órgano jurisdiccional; los motivos de incumplimiento del deudor para vencer el crédito de forma anticipada y reclamar la totalidad de la deuda; los medios de defensa del deudor; los recursos contra las resoluciones dictadas en el procedimiento; los mecanismos y formas legales para la realización del bien inmueble; los efectos de la ejecución de la hipoteca ante la interferencia de un procedimiento de insolvencia⁶⁰⁹ y la puesta en posesión del bien ejecutado.

1. La ejecución de la hipoteca en España

La ejecución judicial de la hipoteca en el Derecho procesal español se configura como un conjunto de especialidades procesales de la ejecución forzosa dineraria, y se encuentra actualmente regulada entre los arts. 681 a 698 LEC (Capítulo V del Título IV de Libro III de la LEC, de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados).

El origen de las especialidades procesales en materia de ejecución de la hipoteca se remontó a la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893, para su aplicación a los entonces territorios administrados por España de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, creándose un procedimiento específico para eliminar la necesidad del embargo, establecimiento de presunción de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la propiedad y remitiendo toda disputa contradictoria a un juicio declarativo, asegurándose así el cumplimiento del proceso ejecutivo iniciado. Este procedimiento, si bien fue diseñado para las transacciones bancarias e inmobiliarias coloniales, se trasladó al Derecho procesal peninsular con la Ley de 21 de abril de 1909, ubicándose dicho procedimiento en el art. 131 de la Ley Hipotecaria que estuvo en vigor hasta la promulgación de la LEC en el año 2000⁶¹⁰, pasando a regularse entre los arts. 681 a 698.

⁶⁰⁹ Optamos por el empleo genérico del término insolvencia, dada la diferente terminología empleada en cada uno de los estados para referirse al tipo de procedimiento (concurso de acreedores en España, *fallimento* en Italia, *bankruptcy* en Irlanda, *procédure collective* en Francia...).

⁶¹⁰ MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 145-146, sobre el régimen anterior vid.

El Ordenamiento jurídico español no sólo prevé la ejecución judicial contra los bienes hipotecados. Los arts. 129-2 de la Ley Hipotecaria así como los arts. 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario prevén la posibilidad ejercitar la acción hipotecaria a través de la venta extrajudicial del bien hipotecado, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca⁶¹¹. En sustento de la posibilidad establecida por la Ley Hipotecaria la doctrina se remite al art. 1858 del Código Civil⁶¹².

La venta extrajudicial se realiza ante el notario hábil para actuar del lugar donde radique la finca hipotecada (art. 236 RH). Este procedimiento se iniciaría con requerimiento del acreedor hipotecario al notario, en el que expresaría las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento (art. 236-a RH), debiéndose aportar tanto la escritura de constitución de la hipoteca como los documentos que permitan determinar con exactitud el interés aplicado. Comprobada la documentación el notario solicitaría al Registro de la Propiedad certificación de la inserción literal tanto de la inscripción del dominio, como de la hipoteca u otros gravámenes. Hecha esta comprobación el Notario remitirá requerimiento de pago al deudor indicándole la causa y vencimiento del crédito, y advirtiéndole que si no paga en diez días se procederá a la ejecución del bien hipotecado (art. 236-c RH). Treinta días después del requerimiento de pago sin haberse abonado la suma se procederá a la subasta del bien inmueble ante Notario (art. 236-f RH).

Como señala la doctrina, en el sistema español en la relación jurídica en la que se inserta crédito hipotecario hay dos elementos: por un lado, el crédito derivado del préstamo, que constituye una acción personal a favor del acreedor, y por otro la responsabilidad real derivada de la garantía hipotecaria, que daría lugar a la posibilidad del ejercicio de una acción real del acreedor contra el deudor conocido como acción hipotecaria. La acción hipotecaria en sí se podría desenvolver, a elección del acreedor a través de una variedad de procedimientos. Entre los judiciales destacaría el procedimiento

⁶¹¹ Si bien algunos sectores de la doctrina debaten sobre la posible abusividad de la cláusula de remisión a la venta extrajudicial. Existe jurisprudencia (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 3 de enero de 2014, AC 2014, 310) que admite el carácter abusivo de dicha cláusula. Entre los argumentos dados por la doctrina se encontraría la merma de información en fase precontractual y la proposición de regulación para permitir recurrir a la venta sólo una vez que haya surgido el conflicto entre las partes derivado del impago (y no antes). Vid. CASTAÑOS CASTRO, P., «Algunas consideraciones sobre la posible abusividad de la cláusula que prevé la venta extrajudicial del bien hipotecado», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., MORENO-TORRES HERRERA, M.L., LÓPEZ FRÍAS, M.J. y CASADO CASADO, B. (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 1256, o ADAN DOMENECH, F., «La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado», *Cuadernos de derecho y comercio*, vol. 67, 2017, pp. 83 y ss. En sentido contrario, algunos autores en interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de julio de 2016 consideran que la cláusula de ejecución notarial no puede ser impugnada nunca en exclusividad, porque habrá que alegar junto a ella la nulidad de una cláusula material (como la nulidad de los intereses o del vencimiento anticipado). Dicho de otro modo la cláusula de ejecución extrajudicial, como otras, se trata de una metacláusula, que por no puede incurrir en abusividad material. Vid. CARRASCO PERERA, Á., «Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 19, 2016, p. 60.

⁶¹² En cuya virtud es esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor. Vid. CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 284. Como límite de este artículo se erigirá su precepto siguiente, el art. 1859, relativo a la prohibición del pacto comisorio y cuyo contenido y límites se han estudiado en el anterior epígrafe.

judicial hipotecario o de ejecución directa sobre bienes hipotecados (arts. 681 a 698 LEC), el procedimiento ejecutivo ordinario (si bien sólo podrían reclamarse los plazos vencidos del préstamo de conformidad al art. 578 LEC) y el procedimiento declarativo de la LEC (donde el acreedor pediría la resolución del contrato de préstamo por el incumplimiento del deudor) seguido de la ejecución de la sentencia eventualmente estimatoria. Y por otra parte el extrajudicial de ejecución hipotecaria contenido en los arts. 234 a 236-o RH⁶¹³. El acreedor hipotecario tendría todos estos cauces procesales para ejecutar la hipoteca, cuyo recurso a las mismas será voluntario (a excepción del extraprocesal, que deberá estar expresamente pactado en la escritura de constitución, como se ha hecho referencia)⁶¹⁴.

Los títulos ejecutivos se enumeran con carácter general en el art. 517-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el párrafo 4º se establece expresamente que será título ejecutivo las escrituras públicas, con los requisitos en dicho párrafo detallados⁶¹⁵, y se aplicaría cuando el deudor optase por la simple ejecución de los plazos vencidos derivados del préstamo reflejado en la escritura. No obstante, para el proceso de ejecución directa sobre bienes hipotecados el art. 682-2 establece unos requisitos específicos que deberá observar la escritura para poderse ejecutar por la vía de la ejecución directa sobre bienes hipotecados o pignorados: 1) por un lado que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta⁶¹⁶, y 2) por otro, que conste un domicilio fijado por el deudor para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones (pudiendo fijarse igualmente una dirección electrónica a los efectos de recibir las correspondientes notificaciones electrónicas). Estos requisitos son, como señala la doctrina, presupuestos objetivos del proceso cuya carencia determinará la invalidez de lo actuado (y consiguientemente la imposibilidad de ejecutar por el cauce de la ejecución directa sobre bienes hipotecados o pignorados)⁶¹⁷. Criterios similares se establecen en los arts. 129-2 a LH y 234-1 RH para el procedimiento extrajudicial, añadiéndose la constancia de la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante (pudiendo designarse al propio acreedor, p. 3º del art. 234-1 RH).

⁶¹³ ROCA SASTRE, R. M. Y OTROS, *Derecho Hipotecario. Tomo X*, cit., pp. 254-257.

⁶¹⁴ Como interpreta RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dilex S.L., 2004, p. 29, del art. 681 LEC, el acreedor ejecutante “podrá ejercitarse”. De este modo quedaría aclarado el carácter opcional de la ejecución especial.

⁶¹⁵ “*Que sea primera copia o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes*”.

⁶¹⁶ Como se apuntó en apartados anteriores, no podrá ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación que se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

⁶¹⁷ MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., p. 351. Si bien, como apunta el autor, la subsanación en sentido estricto sería admisible, aportándose por las partes en escritura complementaria e incluso en simple acta, entendiéndose que se corrige un error material (p. 358). La doctrina anterior a la LEC del año 2000 lo interpretó en sentido similar para el procedimiento contenido en el art. 131 de la Ley Hipotecaria antes aludido, pudiendo controlarse de oficio por parte del órgano jurisdiccional los presupuestos procesales, vid. FUENTES SORIANO, O., *El procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 L.H. Tesis doctoral dirigida por José María Asencio Mellado*, Alicante, Universidad de Alicante, 1997, p. 487.

Respecto a la competencia, la LEC establece un criterio de competencia territorial *lex loci rei sitae* en su art. 684-1 para los bienes inmuebles hipotecados: será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca. Si la finca radicare en más de un partido judicial, (o si fueren varias y radicaren en diferentes partidos) conocería el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante. No se permite la aplicación de las normas sobre sumisión expresa o tácita. Las normas generales de ejecución se remitirían a este criterio cuando el objeto de la ejecución fuesen solo bienes hipotecados o pignorados (art. 545-3, p. 3º LEC). Esta precisión legislativa permitiría calificar los fueros como legales, controlables tanto de oficio al momento del despacho de la ejecución por el propio órgano jurisdiccional, como a instancia del ejecutado mediante declinatoria⁶¹⁸.

Similar criterio de competencia con matices regiría para la ejecución extrajudicial: conocería el Notario hábil para actuar en el lugar donde radique la finca hipotecada y, si hubiese más de uno, ante el que corresponda con arreglo a turno. Si hubiese varias las fincas hipotecadas y radicasen en lugares diferentes, podrá establecerse en la escritura de constitución cuál de ellas determinaría la competencia notarial a efectos de ejecución. En defecto de pacto, la competencia de la Notaría vendría determinada por la que haya sido tasada a efectos de subasta con un mayor valor (art. 236-1 LH).

Respecto al vencimiento anticipado del crédito, la LEC establece un sistema complejo en su art. 693, diferenciando dos escenarios jurídicos. Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, el vencimiento anticipado se regula en dos estatutos jurídicos diferentes: uno para el supuesto de que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, y otro para los casos en los que no se trate. Si no se trata de préstamo concluido por persona física ni la finalidad sea la adquisición de inmuebles de uso residencial podrá reclamarse la totalidad de la deuda si vencieren al menos tres plazos mensuales o el equivalente a tres meses sin pagar el deudor. Si se trata de un préstamo concluido con persona física y la finalidad fuese la adquisición de un inmueble que constituya la vivienda habitual, en tal caso hay una remisión al artículo 24 de la Ley 5/2019, que establece que podrá vencerse todo el crédito si el prestatario se encuentre en mora del pago de una parte del capital del préstamo a cuya cuantía se aplicarían una serie de porcentajes⁶¹⁹.

⁶¹⁸ MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit. pp. 475-480.

⁶¹⁹ QUESADA LÓPEZ, P. M., «Implicaciones procesales: La ejecución de la hipoteca conforme al nuevo marco regulatorio», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (coord.) *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, pp. 489 y ss, SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «La adaptación a la normativa europea del vencimiento anticipado», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 156 y ss. Tales porcentajes serían: A) Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo (cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses), y B) Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido,

Por su parte los medios de defensa del deudor hipotecario tienden a ser limitados⁶²⁰. Por su importancia destaca la oposición a la ejecución, que como establece el punto XVII de la Exposición de Motivos de la LEC se trata de un incidente que es común a todas las ejecuciones⁶²¹, con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de una garantía real, que tiene su régimen especial. En el sistema español, de esta forma, se prevé que la oposición se sustancie dentro del mismo proceso de ejecución y sólo puede fundamentarse en motivos legalmente tasados.

Este régimen especial de oposición a la ejecución directa contra bienes hipotecados se contendría en el art. 695 LEC, que se sustraería al régimen general de oposición previsto en los arts. 556 y siguientes de la LEC. Los motivos de oposición serían solo los contenidos en el párrafo primero del art. 695⁶²².

El fundamento de esta limitación en cuanto a la posibilidad de aducir motivos de oposición a la ejecución radicaría en la naturaleza sumaria del procedimiento, al no declararse el derecho en el proceso de ejecución, sino que se actúa conforme a lo ya dicho en el título ejecutivo (contrato de préstamo garantizado con hipoteca), concediéndose fuerza al título extrajudicial. Es lo que se conoce como “cognición limitada”, y aunque el ejecutado pretenda algar como cuestiones incidentales causas de oposición materiales relativas a la existencia y conformación de la relación jurídica, el legislador opta por limitarlas en el propio transcurso del proceso ejecutivo⁶²³.

si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo (cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses). Como señala AGUILERA MORALES, M., «TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 44, 2018, edición online, con esta disposición se “objetiviza” el requisito del incumplimiento grave.

⁶²⁰ Es la razón por la que la doctrina ha considerado tradicionalmente la ejecución hipotecaria española como de “extremada dureza” frente al deudor ejecutado, atribuyendo a la ejecutividad de la escritura de préstamo con una seguridad jurídica más acentuada que incluso una sentencia judicial y prohibiendo cualquier osbtrucción del deudor ejecutado, a lo que se ha unido una interpretación judicial muy restrictiva. Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*, Madrid, Iurgium, 2001, pp. 631-632, y MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 1226-1227.

⁶²¹ Vid. CASTILLO FELIPE, R., *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del Art. 559 LEC*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

⁶²² Los cuales serían, en términos resumidos, la extinción de la garantía o de la obligación garantizada (1), el error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado (2), la sujeción de los bienes objeto de ejecución a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento (3) y el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (4).

⁶²³ MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 1198 y 1199. Por esta razón el autor citado prefiere desmarcarse de la tradicional consideración de la ejecución hipotecaria como un proceso “sumario”, en tanto que la sumariedad implica la limitación en el tema de fondo debatido, reduciéndose las alegaciones de las partes y el objeto de las pruebas, así como los medios de prueba en función del proceso (si bien el proceso de ejecución hipotecaria español sigue la dinámica de los procesos sumarios al constreñir el debate de las partes en el seno del procedimiento y remitirse a un proceso ulterior donde se pueda declarar cualquier circunstancia relativa al fondo del asunto). Como sintetiza GIMENO SENDRA, V., «La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios», *Revista General de*

Por ello la respuesta del Derecho procesal español es reconducir el eventual planteamiento de un defecto en la existencia y conformación de la relación jurídica derivada del préstamo garantizado con hipoteca a un proceso posterior⁶²⁴. De esta forma el art. 698-1 LEC establece que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado en el proceso de ejecución hipotecaria puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución⁶²⁵. Para los motivos de oposición que no puedan formularse en el incidente declarativo cabría la posibilidad de acudir al juicio que corresponda (lo que normalmente será, por razón de la cuantía un proceso declarativo ordinario)⁶²⁶. No obstante, si bien es posible plantear el declarativo pendiente la ejecución hipotecaria, el objeto no podrá dirigirse a corregir irregularidades de la ejecución⁶²⁷, de tal manera que el proceso de ejecución hipotecaria no se suspenderá y continuará hasta la subasta, aprobación del remate y transmisión de los bienes⁶²⁸.

De plantearse oposición por el deudor hipotecario la tramitación que se seguiría sería la de los párrafos 2 y 3 del art. 695. El Letrado de la Administración de Justicia suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal

Derecho Procesal, vol. 51, 2020, edición online, los procesos sumarios se caracterizan por una cognición limitada a un solo aspecto o parte de la relación material debatida, con tasadas excepciones (poniendo como ejemplo la escritura de hipoteca) teniendo las partes limitados sus medios de ataque y, sobre todo, de defensa. Para MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Granada, Comares, 2000, pp. 37-39, la sumariedad se caracterizaría por la brevedad de la tramitación procedimental que implica, y la ausencia de cosa juzgada material que permitiría un posterior proceso declarativo, sin que tenga que concurrir necesariamente una especialidad procedimental, defendiendo la subsistencia del término aplicado al proceso de ejecución estudiado. Al margen de estas consideraciones podría emplearse una fórmula intermedia, como proceso sumario de ejecución empleado por FENECH y CARRERAS (si bien en base a la categorización anterior a la LEC del año 2000), vid. FENECH NAVARRO, M. Y CARRERAS LLANSANA, J., *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 487).

⁶²⁴ Bajo la justificación de la potencialidad y efectividad del crédito territorial al que sirve la garantía que presta el derecho real de hipoteca, vid. CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en SALAS CARCELLER, A. (coord.) *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 784.

⁶²⁵ DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2000, pp. 51-52, MORENO CATENA, V. M., «La oposición a la ejecución forzosa de títulos extrajudiciales», en *La ejecución civil*, Madrid, Centro de Documentación del Poder Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 874.

⁶²⁶ Como sostuvo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Juicios sumarios y especiales. Características del procedimiento de ejecución de la Ley Hipotecaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XC, IX, 1944, p. 493, la naturaleza del proceso de ejecución hipotecaria era la de un proceso de apremio (o ejecutivo, en terminología más actualizada), en el que pasaría o dejaría pasar al juicio ordinario la resolución de todas las cuestiones que hayan podido surgir después de la creación del título hipotecario, no siendo definitivas las resoluciones en él recaídas.

⁶²⁷ FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas. Tesis doctoral dirigida por José María Asencio Mellado*, Alicante, Universidad de Alicante, 2016, p. 713.

⁶²⁸ Actuaciones procesales que, como advierte la doctrina y ha sido advertido por el TJUE (asunto C-415/11, p. 61), podrían ser susceptible de ocasionar perjuicios de imposible restauración, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La oposición a medidas ejecutivas concretas», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Centro de Documentación del Poder Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 782.

que hubiera dictado la orden general de ejecución, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente. Los efectos del auto que resuelva el incidente de oposición pueden ser diversos⁶²⁹.

En el proceso español de ejecución directa sobre bienes hipotecados imperaría un principio general de no suspensión⁶³⁰. El procedimiento de ejecución no se suspenderá por causa alguna, salvo las excepciones señaladas en el art. 697: (1) la tramitación de la oposición a la ejecución por alguna de las causas limitadas señaladas en el art. 695, (2) la admisión de una demanda de tercería de dominio para excluir el bien de la ejecución por pertenecer a un tercero en los términos del art. 696, y (3) por prejudicialidad penal, cuando se acredite la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución (art. 697)⁶³¹.

Este imperativo general de no suspensión se ha visto matizado a la luz de la doctrina del TJUE⁶³². De este modo el carácter limitado de los medios de defensa del deudor ha sido el motivo de que el TJUE haya declarado que el art. 695 la LEC y el sistema arriba descrito, en su versión de 2012, fuese declarado contrario a la Directiva

⁶²⁹ Si el motivo aducido es la extinción de la garantía o la sujeción de los bienes a otra hipoteca, se sobreseerá la ejecución. Si el motivo es el error en la determinación de la cantidad exigible, se fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución y continuará el procedimiento. Si se estima el carácter abusivo de una cláusula se acordará el sobreseimiento si la cláusula fuese fundamento de la ejecución, y si no la ejecución podrá continuar inaplicando la cláusula abusiva

⁶³⁰ BANACLOCHE PALAO, J., «Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Tribunales de Justicia*, vol. 8/9, 1997, p. 841. Dicha suspensión podría solicitarla el interesado, mediando la correspondiente causa, en cualquier momento entre la presentación de la demanda hasta la adjudicación del remate. Como plantea PÉREZ GORDO, A., *La suspensión del juicio ejecutivo*, Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1971, pp. 261-262, se debería a tres motivos. Por un lado, la legislación procesal española estaría inspirada en el principio general (y en particular en los procesos de ejecución) de que los procedimientos sólo se suspenderían por las causas legalmente establecidas. Por otra parte, si la suspensión es automática, sería un arma poderosa en manos de los litigantes de mala fe. Y por otra, la jurisprudencia tiende a extender cada vez más el ámbito de discusión en el juicio ejecutivo, por lo que se ha ido reduciendo la materia reservada al juicio declarativo posterior. El argumento de PÉREZ GORDO resulta de gran actualidad, en tanto que la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 576/2018, de 17 de octubre (RJ 2018\4475) ha considerado en su fundamento jurídico séptimo que en el posterior proceso declarativo que el consumidor entablara para lograr la restitución completa de unas cantidades indebidamente cobradas, habiendo planteado oposición a la ejecución motivada en el carácter abusivo de la cláusula, el predisponente no podría volver a discutir el carácter abusivo de esa cláusula, puesto que el auto firme que resolvió el incidente de oposición a la ejecución y declaró el carácter abusivo de la cláusula tendría efectos de cosa juzgada positiva en el posterior proceso. Vid. PÉREZ DAUDÍ, V., «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 8391, XXXV, 2014 edición digital. Este efecto de cosa juzgada del auto que resuelve la oposición sólo alcanzaría a las pretensiones en las que el objeto se fundamenta en la abusividad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, vid. VELA TORRES, P. J., «No existe cosa juzgada en el declarativo posterior a la ejecución hipotecaria, cuando no podía oponerse la abusividad», *Diario La Ley*, vol. 9105, 2017, edición online.

⁶³¹ HERBOSA, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 460 y ss.

⁶³² FUENTES SORIANO, O., «Comentario al artículo 698», en ASENSIO MELLADO, J.M. (coord.) *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2014, p. 1966.

93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 en la Sentencia de la Sala Primera de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, caso Aziz), por no preverse, en el marco interno del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo⁶³³. Este hecho motivó que el legislador español, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujese como motivo de oposición a la ejecución el cuarto del párrafo primero del art. 695 (el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible)⁶³⁴.

En el caso de tratarse de una venta extrajudicial ante notario, el art. 129-2 p. f) establece que, por un lado, el Notario tiene la facultad de poner en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante no deudor si considerase que alguna de las cláusulas que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiesen determinado la cantidad exigible pudiese tener carácter abusivo. Respecto al planteamiento de oposición a la venta, se permite para la causa del párrafo 4º del art. 695-1 LEC (carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución), debiendo sustanciarse ante el Juez competente por los trámites y con los efectos previstos en la LEC para la ejecución judicial, quedando en suspenso la venta⁶³⁵. Igualmente se suspenderá, en virtud del art. 236-ñ cuando se acredite la tramitación de procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario. Para el resto de reclamaciones que puedan formularse, el art. 236 o) se remite al art. 132 de la Ley Hipotecaria, que antes de la reforma de la disposición final 9.7 de la LEC tenía una redacción similar al art. 698 LEC y la regla de no suspensión y remisión al declarativo que corresponda. No habiéndose

⁶³³ Como plantea la doctrina actualizada, el cuestionamiento de la ejecución hipotecaria en sede del Tribunal de Justicia abre la puerta posible reforma de ese procedimiento que esté en una mayor sincronía con los requerimientos de una sociedad moderna. Vid. GONZÁLEZ MONTES, J. L., «El procedimiento especial de Ejecución Hipotecaria. Últimas reformas», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M.D. (coords.) *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 249 y ss.

⁶³⁴ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. Y RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 31, 2013, pp. 1 y ss. Por su parte FUENTES SORIANO, O., «La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 748, 91, 2015, p. 670, critica las limitaciones legales establecidas para que el carácter abusivo de una cláusula constituya motivo de oposición en la ejecución hipotecaria (que “constituya el fundamento de la ejecución” o “hubiese determinado la cantidad exigible”) y que contrastan con una deseable interpretación extensiva de los motivos de oposición entre los que tenga cabida otros motivos, como por ejemplo la nulidad del título por defectos formales.

⁶³⁵ Como critica la doctrina, el control que se practica en ejecución judicial y extrajudicial guarda diversidad, en tanto que en éste no procede nunca control de oficio por parte del órgano ejecutor. Por su parte en el procedimiento extrajudicial, el consumidor que quiera combatir la cláusula ha de actuar como demandante ante la jurisdicción civil, mientras que en vía judicial le basta articular la oposición. En la línea de la jurisdicción voluntaria, se propone que sea el notario el que realice un control *prima facie* de abusividad de cláusula, de forma similar a como Ley de Jurisdicción Voluntaria española ha introducido expedientes de jurisdicción notarial en los que al fedatario se le reconocen competencias de resolución ponderativa de controversias (controlable ante el órgano jurisdiccional). Por ejemplo, en el procedimiento divisorio hereditario del art. 1057 del Código Civil. Vid. CARRASCO PERERA, Á., «Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca», cit., p. 60.

reformado ni regulado en otra parte de la legislación hipotecaria entendemos que nada impediría a la parte ejecutada iniciar un proceso declarativo en el que discuta la validez del título y pida la suspensión cautelar de la venta extrajudicial de conformidad a los arts. 721 y ss. LEC como remedio adicional a la oposición a la ejecución prevista en la Ley y Reglamento Hipotecarios⁶³⁶.

El recurso de apelación frente a la oposición a la ejecución es igualmente complejo. En el sistema español el art. 695-4 se ocupa de la materia, estableciéndose diferentes tramitaciones y posibilidades para respectivas causas de oposición. Frente al auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución por la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 695-1 4º LEC (y solo por esta causa) podrá interponerse recurso de apelación. Pero al margen de esta circunstancia los autos que decidan la oposición no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten. La tramitación de este recurso, por aplicación del principio general del art. 456-2, no tendrá efectos suspensivos⁶³⁷.

Precisamente el escaso margen de la posibilidad de plantear recurso de apelación contra el auto que resolvía la oposición dio lugar a otra declaración de incompatibilidad del Derecho procesal español con los estándares de la Directiva 93/13 antes comentada, en la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Caso Sánchez Morcillo, introduciéndose la actual posibilidad de interponer recurso de apelación por inaplicación de una cláusula abusiva mediante el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal⁶³⁸.

Respecto a los mecanismos de realización, la LEC da tres posibilidades. La forma principal y en defecto de acuerdo entre las partes sería la subasta judicial electrónica, en los términos reflejados en epígrafe anterior, anunciándose en el portal de subastas y pujando los licitadores en el mismo portal. Cuando el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado subastador apruebe el remate y consigne la diferencia entre el

⁶³⁶ En apoyo a esta tesis CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones procesales prácticas. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 952-954, para quien la oposición a la ejecución extrajudicial española no es tanto un incidente, sino un proceso declarativo ante un juez propiamente dicho, aunque el mismo deba incidir en la ejecución. Es por ello por lo que las actuaciones ejecutivas notariales podrán suspenderse si se solicita al juez, en otrosí del escrito de demanda iniciadora del proceso judicial que cumpla la función de oponerse, bien bajo la medida cautelar del art. 727-7 LEC (orden judicial de cesar provisionalmente una actividad) o el carácter abierto de las medidas, o bien podría planterase incluso en escrito anterior dada la urgencia y necesidad. Para CEDEÑO HERNÁN, M., «Las especialidades de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados», en GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á. (coord.) *El proceso de ejecución forzosa. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales*, Madrid, La Ley, 2015, p. 829, la oposición a la ejecución extrajudicial se tramitaría igualmente a través de los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el juez competente.

⁶³⁷ En la ejecución ordinaria la suspensión de la ejecución se regularía entre los arts. 565 a 569, estableciéndose dos causas: cuando sea dispuesto legalmente o cuando la suspensión sea acordada por todas las partes de la ejecución, vid. MARTÍN PASTOR, J., *Los Recursos en el Proceso Civil de Ejecución*, Las Rozas, La Ley, 2008, p. 271.

⁶³⁸ PÉREZ DAUDÍ, V., «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo», cit., edición online.

depósito efectuado para participar y el precio total del remate, se dictará decreto de adjudicación en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 670-8 LEC).

Cuando el objeto de la subasta sea un bien especialmente hipotecado deberán observarse las especialidades del art. 691, entre ellas que transcurran no menos de veinte días desde el requerimiento de pago al deudor y al tercer poseedor, o si la garantía recae sobre establecimiento mercantil en el edicto se publique en el portal de subastas habrá de constar que el adquirente quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, aceptando elevar la renta por cesión de contrato⁶³⁹.

Un derecho especialmente relevante es la posible enervación del deudor de la ejecución. Se prevé en el art. 693-3 LEC. El acreedor puede pedir que se comunique al deudor que, sin perjuicio de que se despache ejecución por toda la deuda, pueda liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda (incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados). Esta posibilidad quedaría abierta hasta el cierre de la subasta. Este derecho, que si bien la Ley prevé de forma potestativa para la generalidad de bienes a petición del acreedor, sería no obstante obligatoria en el caso de que el bien hipotecado fuese vivienda habitual⁶⁴⁰. En tal caso el art. 693-3 establecería que el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades. Una vez que se produzca una enervación no habría límite siempre que medien al menos tres años entre la fecha de liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial.

El destino de la suma obtenida en la subasta vendría determinado en el art. 672-1 LEC: primero al ejecutante por la cantidad por la que se hubiese despachado ejecución (art. 654 LEC), y si sobrase se retendrá para la liquidación de las costas de la ejecución. Si hubiera remanente se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor.

Los otros medios alternativos previstos por la LEC para la realización del bien inmueble serían aplicables sólo si el acreedor y deudor convienen en seguir la ejecución

⁶³⁹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de declaración. Proceso de ejecución. Procesos especiales. Procedimiento concursal. Arbitraje y mediación*, 11, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 492.

⁶⁴⁰ Como apunta la doctrina, la condición de vivienda habitual puede existir desde que se firma la escritura, si bien lo esencial es que se dé su carácter en el momento de su regularización. Vid. CALLEJO CARRIÓN, S., *Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2015, pp. 442-443. Igualmente vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 111- 113.

por estos trámites, si bien son poco empleados en la práctica⁶⁴¹. Por un lado, el convenio de realización del art. 640 LEC, en cuya virtud las partes pueden solicitar la celebración de una comparecencia para proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial (quedando a autorización del Letrado de la Administración de Justicia). Y por otro la venta por persona o entidad especializada regulada en los arts. 641 y 642 en cuya virtud el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución podría acordar que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate, o por medio de una entidad pública especializada.

En el caso de venta extrajudicial se celebraría una subasta ante Notario, el art. 129-2 d) de la Ley Hipotecaria establece que la venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que tendrá que se explica el régimen anteriormente expuesto para la ejecución judicial. El bien sólo podrá transmitirse si la subasta no queda desierta o el acreedor no hiciese uso del derecho a adjudicarse el bien, pues de lo contrario sólo quedará el recurso a la ejecución judicial (art. 236-n RH).

Respecto a la interferencia de diversos procedimientos de insolvencia habría que estar a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Y es que cabría la posibilidad de que el deudor, como persona física se viese inmerso en un escenario de concurso de acreedores. En la llamada fase común con carácter general el art. 142 de la Ley Concursal establece que desde la declaración de concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra los bienes o derechos de la masa activa⁶⁴². Y si ya se hubiese iniciado la ejecución hipotecaria singular, quedaría en suspenso desde la fecha de declaración de concurso (art. 143 Ley Concursal). Habría una excepción contenida en el art. 145-1 de la Ley Concursal: los titulares de derechos reales de garantía (sean o no acreedores concursales) no podrán iniciar procedimientos de ejecución sobre esos bien si esos bienes o derechos de la masa activa son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado⁶⁴³. A *sensu contrario*, si los bienes no afectan a

⁶⁴¹ Entre otras razones por el desconocimiento de las partes o del deudor, en tanto a que en el Auto que despacha la ejecución no hay obligación de advertir de tal posibilidad. Vid. HERMOSO DE MENA, N., *Ejecución hipotecaria: cuestiones registrales y procesales*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 307.

⁶⁴² En este sentido podría señalarse el principio de unidad de procedimiento, mediante el cual el Texto Refundido de la Ley Concursal acapararía dentro del concurso el tratamiento del procedimiento para dar respuesta y sustanciar las situaciones de insolvencia patrimonial del concursado. Vid. GARCÍA ESCOBAR, G., «Sobre el principio de unidad en derecho concursal español», *Revista crítica de derecho privado*, vol. 14, 2017, pp. 243-244.

⁶⁴³ En base al principio de universalidad del concurso. Ello implicaría la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones individuales, y la paralización o suspensión de las ya iniciadas para tender a un tratamiento igualitario de los acreedores. Vid. TATO PLAZA, A., «Algunos apuntes en torno a los efectos de la

la continuidad de la actividad profesional o empresarial podrían ser enajenados separadamente del concurso, circunstancia que correspondería en su caso resolver al juez de lo mercantil que esté conociendo del concurso en virtud del art. 86 ter-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial si bien existe discusión de los tribunales al respecto⁶⁴⁴.

Ya en la fase de liquidación, el art. 270-1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal califica los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria sobre bienes hipotecados como crédito con privilegio especial. El hecho de que el crédito hipotecario cuente con un privilegio especial implica su posibilidad de ejecutarse separadamente, al margen del concurso. Como establece el art. 430-1 de la Ley Concursal el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. En el caso de los bienes inmuebles gravados con hipotecado contaría con un límite contenido en el art. 275-1 1º, cual es el diez por ciento del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía que se deduciría del resultado final.

Realizados los bienes del deudor hipotecario concursado, el art. 430-3 de la Ley Concursal establece que el importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor hipotecario privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. Si hubiese un sobrante corresponderá a la masa activa. Ahora, si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso “con la clasificación que le corresponda”⁶⁴⁵.

declaración de concurso sobre los acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Barcelona, Marcial Pons, Unicaja, Cajasur, 2005, p. 3282.

⁶⁴⁴ La jurisprudencia es vacilante. Como precisa el FJ 8º del Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 212/2007 de 11 octubre (AC 2007\2110) es ante el juez de lo mercantil del concurso ante el que se presentaría propuesta de convenio, anticipado u ordinario, así como el plan de viabilidad, en tanto que tendría una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, que cuenta en el proceso concursal con un órgano técnico e imparcial en el conflicto entre el concursado y el acreedor hipotecario, como es la administración concursal, quien tiene la competencia para pronunciarse sobre si el bien sobre el que recae la garantía real está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad o resulta o no necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y ahí podría admitirse la no afectación del bien. Otros tribunales, como la Audiencia Provincial de Toledo (Auto de la Sección 2ª núm. 262/2017 de 20 abril. AC 2017\938) entienden que la ejecución de la hipoteca podría continuar en tanto en cuanto no medie expreso pronunciamiento del Juez del Concurso relativa a la declaración de afectación de bienes objeto de la ejecución a la actividad del deudor.

⁶⁴⁵ Tal y como establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil núm. 313/2018 de 28 mayo (RJ 2018\2337), FJ 4º, “*la parte no satisfecha del crédito no ha de ser considerada irremisiblemente como crédito ordinario, ya que puede darse el caso de que un mismo crédito goce a un tiempo de privilegio especial y general, como puede ocurrir con el crédito derivado de responsabilidad extracontractual garantizado con hipoteca, o con el crédito hipotecario del acreedor instante del concurso. En tales casos, si el precio obtenido en la adjudicación del bien afecto no es suficiente para la satisfacción completa del crédito, la parte no satisfecha seguirá gozando del privilegio general. La equiparación del remanente insatisfecho al crédito ordinario, a efectos de pago, no puede interpretarse de manera absoluta, al margen del orden de prelación general. La parte del crédito privilegiado especial no satisfecha será considerada como crédito ordinario siempre que por su naturaleza no deba clasificarse como crédito privilegiado general*”. Cuestión distinta es, como matiza la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Murcia núm. 40/2020 de 14 febrero (JUR 2020\132307) que la parte de crédito exceda del valor de la respectiva

Respecto a la puesta en posesión del bien inmueble (también denominado lanzamiento), la LEC establece varios procedimientos⁶⁴⁶.

Con carácter previo a las actuaciones ejecutivas la legislación hipotecaria establece una institución que puede considerarse como limitativa de las plenas facultades que derivan de la posesión de la vivienda hipotecada, cual es la llamada acción de devastación del art. 117 de la Ley Hipotecaria. En virtud de la misma cuando la finca hipotecada se deteriora, disminuyendo de valor, por dolo, o voluntad del dueño, y se probase la exactitud y fundado temor de que la hipoteca será insuficiente, el juzgado dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Y si insistiere el propietario en el abuso, el Juez dictará nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.

Como se desprende, la conducta dañosa debe ser imputable al hipotecante, y la consecuencia en última instancia sería la administración judicial que bajo la opinión de MORENO QUESADA la administración judicial encerraría consecuencias que afectan a las facultades de goce que, si bien condicionadas, permanecen intactas en el hipotecante. Para dicho autor el derecho que sobre la finca más riguroso sería la ejecución, pero la llegada de esa situación sólo se producirá por el incumplimiento de la obligación (entendiéndose como crediticia, entendemos que a través del vencimiento anticipado o declarada expresamente en un proceso declarativo a tal efecto), y aun así cabría que el propietario del bien hipotecado, ante tal evento, la evite abonando el importe garantizado. No obstante la administración judicial tendría una eficacia negativa para el propietario del inmueble, que se manifestaría de manera inmediata y con un contenido restrictivo de sus derechos que derivaría en una privación efectiva, e inmediata, de facultades frente a un posible y futuro peligro de ejecución⁶⁴⁷. Pero aun así la Ley no prevé expresamente la puesta en posesión, sino un remedio conservativo de la finca, posibilitándose al juez para adoptar cualquier otra medida que estime procedente en otras circunstancias⁶⁴⁸. La tramitación sería conforme a los “*artículos 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, que al referirse a la antigua LEC el autor antes citado interpreta como el procedimiento de cuestiones incidentales del art. 387 y ss. de la vigente. Para la

garantía calculada conforme a los estándares arriba señalados, en cuyo caso será considerada como crédito subordinado (FJ 4º).

⁶⁴⁶ Es preciso señalar que, de conformidad al art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de dicha Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas señaladas y acreditadas en los arts. 1 y 2 de dicha Ley. Señalamos a modo meramente ejemplificativo el ser familia numerosa, una unidad familiar en la que forme parte un menor de edad o víctima de violencia de género, un mayor de 60 años, y que el conjunto de ingresos no supere unos umbrales señalados en la Ley. Como señala CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, cit., p. 297, concurriendo tales requisitos podría suspenderse el lanzamiento en cualquier fase del proceso de ejecución.

⁶⁴⁷ MORENO QUESADA, B., «Artículo 117», en ALBALADEJO, M. y DIEZ ALABART, S. (coords.) *Comentarios al Código Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, 2004, edición online.

⁶⁴⁸ De conformidad al art. 219.2º del Reglamento Hipotecario cuando se arrienda el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor.

invocación como incidente sería necesario la existencia de un procedimiento principal (por ejemplo, de naturaleza ejecutiva si se pide antes del momento procesal para el lanzamiento que apuntamos más abajo), pero entendemos que en todo caso tendría que reconducirse a la tramitación del juicio verbal si se canaliza a través de un proceso autónomo.

Ya en vistas a las actuaciones la LEC establecería un conjunto de preceptos que habilitarían al lanzamiento o puesta en posesión. El primero sería el establecido en el art. 661 LEC, del ejecutante frente a personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado. En tal caso se les notificaría la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación. El juez tendrá la posibilidad de declarar por medio de auto no recurrible que el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente (en cuyo caso se procedería al desalojo de los mismos, antes del anuncio de la subasta del bien)⁶⁴⁹. De lo contrario declarará que el ocupante u ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble, en cuyo caso recaerán en el adquirente del bien las acciones tendentes al desalojo de los ocupantes.

El art 675 LEC regularía la posibilidad de desalojo no del ejecutante, sino del adquirente del bien (tras el correspondiente procedimiento de realización del bien). El adquirente habría de presentar petición de lanzamiento, en el plazo de un año, en la que pediría declarar a los ocupantes como mero hecho o sin título suficiente. Esta petición se notificaría a los ocupantes indicados por el adquirente, con citación a una vista que habrá de señalar por el Letrado de la Administración de Justicia dentro del plazo de diez días. En esta vista los ocupantes podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación. El Tribunal, por medio de auto irrecurrible, resolverá sobre el lanzamiento en función de si los ocupantes son de mero hecho o tienen título suficiente (como un contrato de arrendamiento), y decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes no comparecieren sin justa causa.

Transcurrido un año desde la adquisición del inmueble el nuevo adquirente del inmueble perdería la posibilidad de acudir al incidente del art. 675 LEC en base a su párrafo segundo para la puesta en posesión, que se tramitaría dentro del mismo proceso de ejecución hipotecaria. En tal caso sólo le quedaría la posibilidad de iniciar un juicio verbal para demandar la efectividad del derecho de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, de conformidad a los arts. 250-1 7º LEC y 41 de la Ley Hipotecaria⁶⁵⁰, conocido como procedimiento de tutela sumaria dirigida a lograr la efectividad de un derecho real inscrito.

⁶⁴⁹ La suficiencia del título es señalado como factor determinante para eludir el lanzamiento, vid. CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, Las Rozas, La Ley, 2014, p. 928.

⁶⁵⁰ Eventualmente y si la ocupación tiene la naturaleza de ilegal las partes podrían reconducir el juicio verbal posesorio a través del procedimiento sumario de recuperación de viviendas ilegalmente ocupadas instaurado con la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En tal caso, de conformidad al art. 441-1 bis LEC, si los ocupantes no aportan

En tal caso la LEC habilita un proceso declarativo sumario en el que se pretendería la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación, de conformidad al art. 250-1 7º LEC. En la demanda (art. 439-2 1º LEC) deberán indicarse las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia (como el lanzamiento o puesta en posesión del titular inscrito), y deberá proponerse la caución. El demandado sólo podrá oponerse a la demanda si ha prestado caución y sólo por las causas contenidas en el art. 444-2 II LEC (falsedad de la certificación del registro aportada con la demanda, poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa, que la finca se encuentre inscrita a nombre del demandado o que la finca que posea el demandado no es la inscrita)⁶⁵¹.

La sentencia que se dicte se ejecutaría por la vía de la ejecución por deber de entregar cosas contenida entre los arts. 701 a 704 LEC.

El art. 704-1 establece una disposición tuitiva de la vivienda habitual. Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuese la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan, el Letrado de la Administración de Justicia les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, la Ley da la posibilidad de prorrogarse dicho plazo un mes más. Transcurridos los plazos señalados, se procederá al lanzamiento. No obstante, como interpreta el Auto de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 253/2014 de 29 de julio (JUR 2014\289020) el art. 704 lo que contiene es una previsión específica para la ejecución de sentencias que comporten la entrega, por lo que en un procedimiento de ejecución hipotecaria el cómputo del mes deberá contarse desde la Orden que acuerde la entrega de posesión del inmueble.

Para el supuesto de venta extrajudicial, una vez registrada la venta y de aún mediar ocupante el acreedor tendría que canalizar sus pretensiones a través del procedimiento de tutela sumaria dirigida a lograr la efectividad de un derecho real inscrito del art 250-1 7º LEC, obteniéndose una sentencia que habilite al lanzamiento, que se ejecutaría posteriormente por la vía de la ejecución por deber de entregar cosas contenida entre los arts. 701 a 704 LEC.

justificación suficiente de su derecho a poseer, el Tribunal ordenará la inmediata entrega de la posesión cautelar al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer.

⁶⁵¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., «La tutela procesal privilegiada y sus clases en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, vol. 4, 2000, pp. 425-426.

2. La ejecución de la hipoteca en Portugal

Siguiendo con los países de tradición íbera, consideramos de especial relevancia científica el estudio de la ejecución de la hipoteca en Portugal.

A la fecha de redacción del presente trabajo, la única forma de ejecución de la hipoteca prevista en el Ordenamiento jurídico es de carácter judicial⁶⁵², cuya ejecución a través de diversas especialidades procesales se contienen en diversos artículos del Código del Proceso Civil portugués (Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013)⁶⁵³.

En la legislación procesal civil portuguesa no existe ningún procedimiento para la venta extrajudicial del bien hipotecado, si bien ha sido propuesto por la doctrina científica la posibilidad de introducir una cláusula general que permita recurrir a cualquier otra forma de venta a la subasta, en caso de acuerdo entre el ejecutante, el deudor y la mayoría de los acreedores preferentes, siempre que el juez lo considere oportuno, tras oír a los interesados en la ejecución⁶⁵⁴.

La escritura de préstamo garantizado con hipoteca sería título ejecutivo. El artículo 703, p.º 1, del Código del Proceso Civil portugués contiene una lista de títulos que pueden servir de base para la ejecución tales como la sentencia de condena y el documento redactado o autenticado por un notario o entidad de competencia equivalente, que exige la constitución o reconocimiento de cualquier obligación (en la forma del título constitutivo de la hipoteca previstas en la legislación civil, como la obligación de que conste en escritura pública de conformidad al art. 875º del Código Civil portugués y 80º, nº 1 del Código del Notariado Portugués). Este listado se complementaría con los documentos a los que la ley confiere una fuerza ejecutiva especial (por ejemplo, el documento de contrato de préstamo concedido por la Caixa General de Depósitos de conformidad al art. 9, nº 4 del Decreto-Ley nº 287/93 de 20 de agosto)⁶⁵⁵.

La competencia del órgano jurisdiccional vendría determinada en el art. 89 del Código del Proceso Civil. La regla general prevista en el párrafo primero de dicho precepto es que será competente para la ejecución el tribunal del lugar donde esté domiciliado el deudor, pudiendo elegir el Órgano jurisdiccional el tribunal del lugar donde deba cumplirse la obligación cuando el deudor sea una persona jurídica o cuando

⁶⁵² Como califica la doctrina, la ejecución portuguesa es de naturaleza jurisdiccional, si bien media debate sobre la desjudicialización por la atribución de competencias al oficial de justicia. Vid. CAPELO, M. J., «A Reforma da Acção Executiva - Trabalhos Preparatórios - Vol. 3», 2001, Lisboa, pp. 18-19.

⁶⁵³ Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26.

⁶⁵⁴ GOMES, C.; FERNANDO, P.; DE SOUSA, F. Y OTROS, *A acção executiva em avaliação. Uma Proposta de Reforma. Vol. 1*, Coimbra, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Facultad de Economía Universidad de Coimbra, 2007, p. 8 y CAPELO, M. J., «A Reforma da Acção Executiva - Trabalhos Preparatórios - Vol. 3», cit., p. 27.

⁶⁵⁵ JARDIM, M. Y OTROS, *85 perguntas sobre a hipoteca imobiliária*, cit., p. 75.

el deudor esté domiciliado en el área metropolitana de Lisboa o de Oporto. No obstante, el párrafo segundo introduce una excepción: no obstante, si la ejecución tiene por objeto la entrega de una cosa determinada o se trata de una deuda con garantía (como ocurriría con el crédito garantizado con hipoteca), será competente el tribunal del lugar donde se encuentre la cosa o el de la ubicación del bien gravado, respectivamente. Tal competencia se extendería, según el párrafo tercero, a si la ejecución se solicita en el tribunal del domicilio del demandado y éste no esté domiciliado en Portugal, pero posea bienes en ese país, en cuyo caso sería competente para la ejecución el tribunal donde estén ubicados los bienes.

El art. 54-2 y 3 del Código del Proceso Civil establecen una importante regla en materia de legitimación del tercer poseedor. La ejecución de una deuda provista de garantía real sobre bienes de terceros se sigue directamente contra el tercero si el deudor tiene la intención de ejecutar la garantía, sin perjuicio de que el deudor pueda ser demandado desde el momento inicial del procedimiento. Además cuando la ejecución se haya presentado sólo contra el tercero y se reconozca que los bienes gravados con la garantía real son insuficientes, el ejecutor podrá solicitar, en el mismo proceso, la continuación de la acción de ejecución contra el deudor, al que se demanda para la completa satisfacción de la ejecución del crédito⁶⁵⁶.

Los motivos de incumplimiento vendrían establecidos en el art. 781 del Código Civil portugués: el incumplimiento de uno de los plazos conllevará el pago de todos los plazos (*Se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas*). Como interpreta la Sentencia del Tribunal de Apelación de Évora de 12/06/2019 (proceso 1609/16.6T8BJA-A.E1) este artículo implica que se da al acreedor la posibilidad de exigir el cumplimiento de los plazos restantes, dando el derecho de exigir el pago de la totalidad de la deuda, y este derecho se ejercerá mediante un requerimiento del deudor para que lo cumpla, de acuerdo con el artículo 805-1 del Código Civil (en virtud del cual deudor sólo estará en mora después de haber sido requerido judicial o extrajudicialmente para cumplir). En cualquier caso y como aclara el Tribunal de Évora el art. 781 del Código Civil Portugués no opera automáticamente, sino que da al acreedor la posibilidad de exigir el cumplimiento de los plazos restantes, lo que le permite elegir si exige o no ese vencimiento anticipado. En tal

⁶⁵⁶ En este sentido vid. CAPELO, M. J., «Breves considerações sobre a legitimidade do terceiro garante e do possuidor de bens onerados pertencentes ao devedor (art. 56º do CPC)», *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, vol. 1, 1998, p. 302, que propone medidas garantistas como notificar al tercer poseedor, o permitir recurrir al incidente de oposición a la ejecución en los casos en los que el ejecutado no sea deudor. Como aclara la Tribunal Supremo de Justicia portugués de 28-01-2015, proceso 2482/12.9TBSTR-A.E1.S1, cuando el ejecutor/acreedor de la hipoteca no ha demandado inicialmente a los garantes, puede hacerlo en espera de la ejecución originalmente presentada sólo contra las partes del contrato de préstamo garantizado por la hipoteca, a través del incidente de intervención provocada, de modo que el bien hipotecado, propiedad de aquellos terceros cuyo derecho a la propiedad fue adquirido después de la fecha de constitución de la hipoteca pero antes de la deducción de la acción de ejecución, pueda ser responsable de la deuda proporcionada por la garantía real. De igual forma, como aclara el Tribunal de Apelaciones de Oporto en su Sentencia de 21-10-2008 (proceso 0823513) si el acreedor desea ejecutar la garantía que grava los bienes de un tercero y garantiza su crédito, deberá dirigir la solicitud de ejecución contra el tercero respectivo, aunque también podrá demandar al propio deudor (de tal forma que sería potestativa la reclamación contra el titular del crédito).

caso tendría que llevar a cabo el requerimiento extrajudicial exigido en el art. 805-1 del mismo Código Civil.

El procedimiento ejecutivo en Portugal consta de tres fases o momentos procesales principales: la fase inicial, que comienza con la recepción en la secretaría del tribunal de la solicitud de ejecución; la fase de embargo, caracterizada por la casi ausencia de intervención del juez de ejecución; y la fase de venta. Por último, la acción de ejecución también puede implicar posibles incidentes declarativos, como la oposición a la ejecución o el embargo, si hay oposición del demandado o del titular de los bienes embargados.

Respecto a los medios de defensa del deudor, el principal mecanismo previsto en la legislación procesal civil portuguesa es la oposición a la ejecución (*oposição à execução*). Mediante la misma, una vez que el ejecutado es citado, se le permite la posibilidad de oponerse a la ejecución en un plazo de 20 días (artículo 728-1 del Código del Proceso Civil). Los motivos de oposición se dividen según la naturaleza del título ejecutivo. Si el título ejecutivo se trata de una sentencia, sólo puede basarse en los motivos contenidos en el art. 729⁶⁵⁷. En el caso de que la sentencia se fundamente en otro título ejecutivo (como el contrato de crédito hipotecario) el art. 731 establece que además de los motivos de oposición especificados en el artículo 729 se podrá alegar cualquier otra cuestión que pueda ser invocada como defensa en el procedimiento de declaración⁶⁵⁸. Este carácter amplio de la oposición a la ejecución portuguesa permitiría que en sede ejecutiva pudiese discutirse cualquier defecto que pudiese adolecer el título ejecutivo sin tener que recurrir a procesos declarativos paralelos (como sucedería en España).

Por su parte la eventual suspensión de la ejecución se regularía en el art. 733 del Código del Proceso Civil. El proceso de ejecución sólo se suspendería por las causas contenidas en tal artículo: a) prestar caución, b) que se impugne la autenticidad de la firma en un documento privado, presentado otro documento que constituya un principio de prueba y si el juez decide que la suspensión sin caución estaría justificada y c) por oposición que impugne la ejecutoriedad o la liquidación de la obligación y el juez considere, después de oír a la persona ejecutada, que la suspensión sin prestación de garantía estaría justificada. De suspenderse el proceso de ejecución ni el ejecutor ni ningún otro acreedor podrán obtener el pago, en espera de los embargos, sin dar garantías. Además del Derecho portugués establece una disposición protectora de la vivienda habitual: si el bien incautado se trata del domicilio real del ejecutado, el juez podrá, a petición suya, determinar que la venta del bien quede a la espera de la decisión que se

⁶⁵⁷ a) Inexistencia o inoponibilidad del título; b) Falsedad del procedimiento; c) Falta presupuestos procesales de los que dependa la regularidad de las actuaciones de ejecución; d) Falta o nulidad de la citación para la acción declarativa cuando el demandado no haya intervenido en el procedimiento; e) Incertidumbre o inoponibilidad de la obligación de ejecución, no subsanadas en la fase inicial de la ejecución; f) Cualquier cosa que tenga fuerza de cosa juzgada antes de la ejecución de la sentencia; g) Cualquier extinción o modificación de la obligación, siempre que sea posterior a la conclusión de la discusión en el proceso de declaración y se demuestre documentalmente (pudiendo probarse por cualquier medio); h) Compensación de las reclamaciones; i) En el caso de una sentencia que homologue la confesión o transacción, cualquier causa de nulidad o anulabilidad de tales actos.

⁶⁵⁸ GOMES, C. Y OTROS, *A acção executiva em avaliação. Uma Proposta de Reforma. Vol. 1*, cit., pp. 57-58.

dicte en primera instancia sobre la ejecución, cuando dicha venta sea susceptible de causar daños graves y difíciles de reparar.

De esta forma, aunque en el Derecho procesal civil portugués la suspensión a la ejecución no se anudaría automáticamente a la admisión a trámite de la oposición como ocurriría en el Derecho procesal español (quedando a discrecionalidad del órgano jurisdiccional) los medios de defensa por el contrario más amplios.

En relación al embargo, el art. 752-1 del Código del Proceso Civil establece que, si se ejecuta una deuda contra bienes pertenecientes al deudor, el embargo comenzará con los bienes sujetos a garantía real y sólo podrá recaer sobre otros cuando se reconozca que son insuficientes para poner fin a la ejecución.

Respecto al régimen de recursos, el art. 853-1 del Código del Proceso Civil establece que el régimen establecido para los recursos en el proceso de declaración se aplicará a los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas en los procedimientos o incidentes de carácter declarativo, insertados en el curso de la acción ejecutiva. Además de forma expresa en el párrafo segundo de dicho artículo se estipula que también cabría recurso contra la decisión que ordene la suspensión, revocación o anulación de la ejecución y contra la una decisión que ordene la anulación de la venta.

Respecto a los mecanismos de realización, el Código del Proceso Civil prevé diferentes formas de conversión de la propiedad en dinero en efectivo, que luego se distribuirá entre los acreedores que acudieron al proceso. El método establecido como preferente por la ley es el de la venta por subasta electrónica (art. 837-1, CPC) antes explicado, que al ser preferente implicará que el recurso a los otros tendrá que ser expresamente elegido por las partes. Cuando la subasta electrónica no sea posible o no se produzca ninguna puja, se utilizará el método de venta por carta cerrada (art. 816 y ss. CPC).

En algunos casos, para la realización del bien no sería necesaria la subasta. Bien sea porque se realiza mediante negociación privada (arts. 832 y 833 CPC, aceptado por las partes o a falta de licitadores en las subastas arriba descritas) o porque existe una venta directa al sujeto a quien la ley reconoce el derecho de adquirir el bien, como es el caso del promitente o comprador a quien se le ha otorgado eficacia real (arts. 413 del Código Civil y 831 CPC, permitiendo en este caso la venta directa). Por último, la ley también acepta que la propiedad se adjudique al acreedor hipotecario, si así lo solicitan (art. 799, núms. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal) para el pago total o parcial del crédito, si bien la oferta no puede ser inferior al valor base de tasación a efectos de venta en carta cerrada del art. 816 CPC.

El acreedor hipotecario tiene derecho a percibir el producto de los bienes hipotecados, con preferencia sobre otros acreedores que no gocen de privilegio o prioridad especial de registro (art. 686-1 del Código Civil portugués, y Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia portugués de 28-01-2015, proceso 2482/12.9TBSTR-A. E1. S1).

En relación a los efectos de la ejecución de la hipoteca ante la interferencia de un procedimiento de insolvencia, el art. 788-1 del CPC establece que sólo el acreedor que goce de una garantía real sobre los bienes embargados puede reclamar el pago de los respectivos créditos. De igual forma, de conformidad a su párrafo 3º, los titulares de derechos reales de garantía que no hayan sido citados podrán reclamar espontáneamente su reivindicación hasta la cesión de los bienes embargados. En cualquier caso, en el párrafo 4º de dicho artículo se establecen un listado de circunstancias en las que no se admitiría la reclamación del acreedor con privilegio de crédito general al margen del concurso.

Respecto a la puesta en posesión del bien inmueble, el CPC lo regula en su art. 757 bajo el nombre *entrega efectiva*. La puesta en posesión podrá solicitarse desde que se designe un depositario del bien inmueble. Este depositario, de conformidad al art. 756 será un oficial de justicia o la persona que designe, salvo excepciones (que el bien embargado constituya el domicilio habitual del ejecutado, en cuyo caso el ejecutado sería el depositario hasta que se transmita el inmueble, dejando de ser depositario y aplicándose la entrega efectiva del art. 757 comentado; o que bien esté arrendado, en cuyo caso el arrendatario sería el depositario).

Salvo que el depositario sea el ejecutado o el arrendatario, habrá de tomar posesión efectiva de los bienes. De este modo, cuando se oponga alguna resistencia, o exista un temor justificado de resistencia, el agente de la ejecución podrá solicitar directamente la asistencia de las autoridades policiales. Este agente de ejecución también puede solicitar directamente la asistencia de las autoridades policiales en los casos en que sea necesario forzar la entrada y sustituir la cerradura para tomar posesión de la propiedad, haciendo un registro de lo ocurrido. Si el bien se trata del domicilio habitual del ejecutado, la asistencia de las autoridades policiales requerirá una orden judicial previa solicitada por el depositario. De igual forma se dispone que si la entrega efectiva debe llevarse a cabo en el domicilio, sólo podrá realizarse entre las 7 y las 21 horas, y el agente ejecutor entregará una copia de la orden judicial a quien tenga disponibilidad del lugar donde se lleve a cabo el procedimiento.

3. La ejecución de la hipoteca en Italia

En Italia la ejecución de la hipoteca se consolida como una institución que goza de gran tradición jurídica y trayectoria histórica. Las primeras manifestaciones

legislativas de especialidades procesales en materia de ejecución de la hipoteca se remontan a los años posteriores al *risorgimento*, en concreto en la *Legge sul Credito fondiario* n° 2022 de 1 de marzo de 1885⁶⁵⁹.

En los artículos 23 y 24 de la referida Ley se contemplaron una serie de especialidades procesales al proceso de ejecución genérico contemplado en el Código de Procedimiento Civil, tales como que el *precetto* de pago (requerimiento judicial en el que se contiene el título ejecutivo) se notificará al deudor en el domicilio para la notificación que conste en el instrumento de préstamo; que a partir de la notificación al deudor del requerimiento de pago se podrá solicitar la práctica del embargo mediante auto⁶⁶⁰ no sujeto a oposición o recurso⁶⁶¹. En este procedimiento primitivo la institución bancaria podía solicitar la subasta atribuyendo al inmueble como precio mercantil el que se le había atribuido en el contrato de préstamo. De no producirse la venta del bien, la institución bancaria tenía derecho a otro *incanto* o subasta pública. Igualmente, el adjudicatario debía consignar el precio asignado en la subasta en el plazo de veinte días.

A fecha de redacción del presente trabajo, el Derecho procesal italiano prevé diversos cauces jurídicos para ejecutar o realizar el crédito hipotecario. Con carácter general el procedimiento de ejecución del crédito hipotecario se rige, por el Código de Procedimiento Civil (*c.p.c.*), con pocas pero algunas diferencias específicas respecto al proceso de ejecución hipotecaria. Por otro lado, estaría la figura de la hipoteca inmobiliaria o *fondiaria*, que contaría con sus propios privilegios en materia procesal⁶⁶².

Tanto la constitución del crédito fondiario como sus cauces procesales de ejecución se regulan en Texto Único Bancario (Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385), antes citado. Tal y como establece el art. 38-1 del Texto Único Bancario, el crédito fondiario se define como aquel que tiene por objeto la concesión por parte de un banco de un préstamo a medio y largo plazo, garantizados por una hipoteca de primer grado sobre un inmueble (debiendo tener el banco, por tanto, el *ius distrahendi* sobre cualquier

⁶⁵⁹ Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia n° 54, del 6 de marzo de 1885, pp. 1054-1057.

⁶⁶⁰ Hemos optado por traducir *Ordinanza* por Auto, en tanto que es análoga a la figura del auto en el ordenamiento español en cuanto que se trata de un pronunciamiento procesal de trámite sucintamente motivado (vid. Arts. 134 *c.p.c.* y art. 254 1.b LOPJ española).

⁶⁶¹ La doctrina decimonónica italiana ya criticó en su momento la falta de oposición en el proceso italiano de ejecución de la hipoteca. Se entendió que el hecho de dotar de un procedimiento fuerte y sumario a las instituciones bancarias italianas tras la unificación era necesario, pero una vez que las instituciones bancarias fueron constituidas y la competencia era posible, las excepciones establecidas en el procedimiento para no poder oponerse u recurrir eran contrarias al sentido de equidad e igualdad, y por lo tanto se proponía la rápida reforma de este artículo en ese sentido. Vid. RABBENO, A., *Codice del credito fondiario*, 2, Florencia, Barbèra, 1891, pp. 80-81.

⁶⁶² RAVAZZONI, A., *Le ipoteche*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 444. Para FILOGRANO la ejecución de la hipoteca se reconduciría en el ámbito del procedimiento ejecutivo ordinario (con sus puntuales especialidades), FILOGRANO, G. R., *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova, CEDAM, 2000, p. 137. Como matiza SEPE, no cabría hablar de un procedimiento ejecutivo hipotecario inmobiliario, sino de especialidades procesales tendentes a conseguir una recuperación rápida e integral del crédito. Vid. SEPE, M., «Art. 41. Procedimiento ejecutivo», en CAPRIGLIONE, F., PELLEGRINI, M., SEPE, M. y TROIANO, V. (coords.) *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Wolters Kluwer CEDAM, 2012, p. 495.

acreedor existente sobre dicho inmueble). Nos centraremos, por tanto, en el estudio de este proceso especial de ejecución complementado con las normas del *c.p.c.*

En Italia la ejecución de la hipoteca inmobiliaria puede hacerse por medio de dos cauces jurídicos. Por un lado, el procedimiento ejecutivo o *espropriazione*, regulado en el Libro III del *c.p.c.* con las especialidades previstas en el art. 41 del Texto Único Bancario, de naturaleza eminentemente judicial, y el procedimiento de devolución o transferencia del bien inmueble regulado en el art. 120 quinquiesdecies, de naturaleza extrajudicial. Para acudir a la vía del art. 120 quinquiesdecies debe ser acordado por las partes en cláusula expresa (párrafo 3º), el prestamista no podrá condicionar la conclusión del contrato de crédito a la firma de la cláusula (párrafo 4º a) y el consumidor será asistido gratuitamente por un consultor para evaluar la conveniencia de firmar esta cláusula (párrafo 4º b).

En relación al título ejecutivo, el art. 474-2 del *c.p.c.* italiano establece que la ejecución sólo puede tener lugar en virtud de un título ejecutivo para un derecho que sea seguro, líquido y ejecutable. Entre ellos se encontraría el párrafo 1º, en el que se incluirían las sentencias, las medias medidas judiciales y otros actos a los que la ley atribuye expresamente su eficacia; el 2º que incluiría los documentos privados autenticados, en relación con las obligaciones de las sumas de dinero contenidas en ellos, y el párrafo 3º, los actos recibidos por un notario público u otro funcionario público autorizado por la ley para recibirlos. Como establece el art. 2836 del Código Civil italiano el instrumento que permite la inscripción de la hipoteca es el resultado de un instrumento auténtico recibido en el Estado (para la hipoteca legal) o de una sentencia u otra medida judicial equivalente (para la hipoteca judicial)⁶⁶³. Si el título en el que se concede la hipoteca es un documento privado, en tal caso deberá estar autenticada por notario público o comprobada judicialmente (art. 2835 del Código Civil). Además, de conformidad al art. 475 *c.p.c.*, los documentos notariales deben, para ser ejecutables, ir acompañados de una orden o fórmula ejecutiva insertada por el propio notario.

Respecto a la competencia del órgano jurisdiccional, el art. 484 *c.p.c.* establece que la ejecución será dirigida por un juez. Dentro de la estructura de los tribunales, el nombramiento del juez de ejecución será efectuado por el Presidente del tribunal, previa presentación por el Secretario (*cancelliere*) del expediente ejecutivo dentro de los dos días siguientes a su formación. Este artículo se complementaría con lo dispuesto en el art. 26 *c.p.c.*, en cuya virtud el tribunal de ejecución de bienes inmuebles tendrá jurisdicción en el lugar donde se encuentre el bien, estableciéndose un criterio de competencia territorial aplicable a la ejecución de la hipoteca. Y como establece el art. 21, cuando el inmueble esté situado en más de un distrito judicial, será competente el tribunal del distrito en el que esté incluida la parte del inmueble sujeta a la mayor carga para tributaria

⁶⁶³ Como sostiene la mejor doctrina, en el Derecho italiano la hipoteca se constituiría mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad, de conformidad al art. 2808-2 del Código Civil italiano. La inscripción de la hipoteca tendría la particularidad, frente a otras formas de publicidad, de que tendría naturaleza constitutiva, existiendo solamente si se encuentra inscrita en los registros en virtud del citado precepto. Vid. GALGANO, F., *Trattato di Diritto civile. Volume Secondo*, Milano, CEDAM, 2009, p. 1131.

a nivel estatal. Igualmente en caso de que el inmueble no tuviese valor tributario se atendería, de conformidad a la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana (Sentencia de 29 de marzo de 1989, n° 1491) al criterio de del mayor valor⁶⁶⁴.

Respecto a los motivos de incumplimiento sería preciso diferenciar si el acreedor hipotecario opta por recurrir a la vía judicial o extrajudicial. El art. 40-2 del Texto Único Bancario aborda la llamada resolución del contrato (*risoluzione del contratto*) estableciendo que el banco puede invocar como causa de rescisión del contrato el pago tardío cuando éste se haya producido al menos siete veces, aunque no de forma consecutiva⁶⁶⁵. A tal efecto, habrá de considerarse que el pago tardío se ha producido si se realiza entre el 30 y el 180 día después de la fecha de vencimiento del plazo. Este régimen supone una derogación al régimen general del art. 1816 del Código Civil, que presume la validez del plazo pactado por las partes⁶⁶⁶. Tal y como interpreta la doctrina, este incumplimiento (a diferencia de versiones anteriores legislativas de la regulación del crédito inmobiliario) no depende de la colocación de una cláusula resolutoria expresa, en tanto que esta norma (al igual que en Derecho español) sería de naturaleza imperativa o de orden público, prohibiéndose por tanto que las partes contratantes puedan estipular la resolución anticipada por menos impagos⁶⁶⁷.

De igual modo el pago dentro del periodo de tolerancia hasta el requerimiento de pago no produciría la resolución del contrato, si bien el devengo de intereses de demora⁶⁶⁸.

En el caso de que el acreedor hipotecario optase por acudir al procedimiento extrajudicial de transferencia directa del bien el número de cuotas impagadas se amplía en virtud del art. 120-quinquiesdecies 4-c. En tal caso el impago deberá ser de una cantidad equivalente a dieciocho mensualidades.

Para evaluar los medios de defensa del deudor será preciso acudir al régimen general previsto en el *c.p.c.*⁶⁶⁹. El sistema italiano prevé a tal efecto las oposiciones. Esta oposición supone un incidente declarativo dentro del proceso de ejecución. Si bien la

⁶⁶⁴ SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 302.

⁶⁶⁵ En la versión original del artículo en el texto (art. 39 del Texto Único Bancario de 1905) se preveía la resolución anticipada con el impago de una sola cuota. Tal vencimiento anticipado fue avalado por la Corte Constitucional italiana en dos sentencias, a pesar de las alegadas contradicciones a los arts. 3 (principio de igualdad) y 24 (tutela judicial efectiva): la Sentencia de 6 de junio de 1968, n°61 y de 14 de noviembre de 1984, n. 249. Vid. PRESTI, G., «La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa», *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. LXXI, 1996, pp. 208-209.

⁶⁶⁶ FALCONE, G., «Articolo 40. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto», en PORZIO, M., BELLI, F., LOSAPPIO, G., FARINA, M.R. y SANTORO, V. (coords.) *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 400.

⁶⁶⁷ TARDIVO, C.-M., *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, 5, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 160-162. En similar sentido BOZZA, G., *Il credito fondiario nel nuovo T.U. Bancario*, Padova, CEDAM, 1996, p. 97.

⁶⁶⁸ SEPE, M., «Art. 40. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto», en CAPRIGLIONE, F., PELLEGRINI, M., SEPE, M. y TROIANO, V. (coords.) *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Wolters Kluwer CEDAM, 2012, p. 474.

⁶⁶⁹ TARDIVO, C.-M., «L'ultravigenza (provvisoria) dell'art. 20 del T.U. sul credito fondiario e il rimedio dell'art. 615 c.p.c. per il proprietario acquirente: riconoscimento del contraddittorio nel processo esecutivo?», *Vita notarile*, vol. 5, 1995, pp. 1267 y ss. CORDOPATRI, F., «La tutela del debitore nei processi esecutivi», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 4, 2008, pp. 1239 y ss.

oposición tiene el carácter de incidente accidental y facultativo dentro de la ejecución (al desgajarse del esquema del procedimiento ejecutivo en general) tendría no obstante la naturaleza de cognición o declarativa, pues ante la dicotomía de tutelar de forma rápida la pretensión del ejecutante y el derecho del ejecutado a no soportar actuaciones injustas el legislador opta por conceder garantías para proteger los intereses legítimos del deudor sin abandonar al acreedor a merced de las maniobras del deudor buscando una solución equilibrada⁶⁷⁰. De este modo como idea esencial responderían al principio de eficacia incondicionada del título ejecutivo, en cuya virtud aunque a los títulos ejecutivos del art. 474 se les otorgue certeza jurídica ello no obstaría a que puedan ser objeto de control de su contenido conforme a la realidad jurídica, en cuyo caso devendría ilegítimo⁶⁷¹.

Las oposiciones a la ejecución en el Derecho italiano se pueden plantear desde el momento en el que el sujeto jurídico que se afirma titular del derecho contenido en el título ejecutivo deja clara su intención de acudir a la ejecución (lo que en el Derecho italiano ocurriría cuando se preuncia con la notificación del *precetto* o notificación de requerimiento de pago conforme al título ejecutivo del art. 480 *c.p.c.*), así como a lo largo de todo el proceso ejecutivo. Por ello en Derecho procesal italiano las oposiciones a la ejecución se clasifican en dos categorías: las preventivas, que serían las planteadas desde la notificación del *precetto* y las sucesivas, que se plantearían desde el primer acto de oposición a la ejecución.

En concreto son dos las instituciones jurídicas principales contenidas en el Título V del Libro III: la oposición a la ejecución y la oposición a los actos ejecutivos. La oposición a la ejecución se regularía en el art. 615 y tendría la naturaleza de preventiva, y atacaría la validez global de la acción ejecutiva en sí misma considerada, negando la existencia o caducidad del título ejecutivo. Tal y como establece el art. 615-1 *c.p.c.*, la oposición a la ejecución procedería cuando se impugne el derecho de la parte demandante a proceder a la ejecución y ésta no haya comenzado todavía. El *c.p.c.* no regula un elenco de motivos de oposición a la ejecución tasados, pudiendo invocar el opositor futuro ejecutado cualquier tipo de alegaciones, tales como el vicio genérico o específico del

⁶⁷⁰ FURNO, C., *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Florencia, Casa editrice del dott. Carlo Cya, 1942, pp. 16-18.

⁶⁷¹ Como afirma LIEBMAN, E. T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 2, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1936, pp. 111 y 112, el grado de certeza sobre la existencia del derecho implica que en virtud de la ley e título ejecutivo sería suficiente para legitimar la ejecución sin necesidad de ulteriores invocaciones declarativas. Cuestión distinta sería la exigibilidad del título, donde se manifestaría el principio de cognición en sede ejecutiva. Sobre la eficacia incondicionada vid. SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 1842. Por su parte, CARNELUTTI hace referencia, en la relación entre la *litis* y el proceso de ejecución, al hecho que del proceso declarativo deriva una pretensión contestada (que supondría el núcleo de la cognición entre las partes), mientras que del proceso ejecutivo derivaría una pretensión insatisfecha. Su diferenciación deslindarían las funciones del proceso declarativo respecto del de ejecución, CARNELUTTI, F., *Processo di esecuzione I*, Padova, CEDAM, 1929, pp. 273-274. En similar sentido VACCARELLA considera que, aceptando la naturaleza declarativa del incidente de oposición (calificándolo como proceso ordinario de cognición) viene a complementar la ausencia del elemento contradictorio en la ejecución para insertarse en su autonomía estructural, justificándose por la naturaleza coactiva del mismo procedimiento y garantizar que el derecho ejecutado resulta tanto acertado como documentado en el título conforme a los requisitos del art. 474 *c.p.c.* Vid. VACCARELLA, R., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, UTET, 1993, p. 233.

título ejecutivo, su no inclusión en el catálogo del art. 474 *c.p.c.*, la falta de concreción del acreedor o del deudor en el título ejecutivo, la carencia de legitimación del deudor o del acreedor, el uso del título para hacer valer un derecho que no se contiene en el mismo, la pluspetición, el abuso de proceso, que el título sea inejecutable, o la caducidad del título ejecutivo⁶⁷².

El *dies ad quem* para plantear este incidente sería, según el art. 615-2 *c.p.c.*, hasta que se haya ordenado la venta o la cesión del bien, a menos que se base en hechos nuevos que hayan surgido o que el opositor demuestre que no pudo proponerlos a tiempo por razones que no le son imputables.

La oposición a los actos ejecutivos, por el contrario, sería no la impugnación de toda la ejecución en sí misma considerada, sino de la regularidad formal de los actos impugnados⁶⁷³. Tendría su base jurídica en el art. 617 *c.p.c.* y se plantearía en el término de veinte días, y entre los actos procesales que podrían impugnarse el Código detalla que se podrían incluir la regularidad formal del título ejecutivo o la notificación del *precetto*.

El Derecho procesal italiano igualmente prevé un mecanismo de defensa para el llamado *terzo proprietario*, similar a tercer poseedor del Derecho español, estableciendo el art. 602 que cuando el objeto de la ejecución sea un bien gravado por un gravamen o una hipoteca sobre por deuda contraída por otra persona se aplicará el régimen jurídico del deudor ejecutado. Aun no siendo parte en la obligación que da lugar a la ejecución (razón por la que es calificada como “ultra partes”) sus bienes responderían ante las actuaciones ejecutivas del deudor⁶⁷⁴. A tal efecto se prevé la notificación al *terzo proprietario* tanto del título ejecutivo como del *precetto*, debiendo este último hacer expresa mención de la propiedad que se va a enajenar (art. 603 *c.p.c.*). En particular al tercer poseedor se le aplicarán todas las disposiciones relativas al deudor y se le deberá escuchar como si fuese el propio deudor (art. 604 *c.p.c.*)⁶⁷⁵.

⁶⁷² SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., pp. 1854-1885. Como indica BUCOLO, F., *La sospensione nell'esecuzione. Vol. II Le opposizioni esecutive*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 326, la oposición a la ejecución es un medio de impugnación de la acción ejecutiva, y como tal debe interpretarse negativamente el art. 616 *c.p.c.* para extraer el objeto de la oposición, en el sentido que la impugnación iría tanto contra la validez o eficacia de la obligación consagrada en el título (oposición de fondo) como la validez del título en cuanto a acto procesal. Sobre la oportunidad de este momento procesal igualmente vid. ROMANO, A., *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, Jovene Editore, 2008, pp. 100-102. O como lo define GIUSTI, G., *Le opposizioni nel processo esecutivo. Procedimento e casistica*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 7, con la oposición se trataría de realizar en sede de ejecución un control de la pérdida sobrevenida del título ejecutivo sucesiva a su formación. Como señala VINCRE, S., «L'“improcedibilità” dell'espropriazione e l'opposizione all'esecuzione», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 6, 2018, pp. 1654 y ss., la jurisprudencia italiana se orienta incluso a permitir el examen de oficio de la falta o ineficacia del título ejecutivo por el juez de ejecución.

⁶⁷³ En especial la llamada irregularidad del título, como ausencia de la fórmula de ejecutividad en el mismo o su carácter ilegible o la transcripción no íntegra. Vid. ORIANI, R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, Jovene Editore, 1987, p. 107.

⁶⁷⁴ LUISO, F. P., *L'esecuzione «ultra partes»*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 58-64.

⁶⁷⁵ VINCRE, S., «Il terzo acquirente dell'immobile pignorato e la legittimazione all'opposizione all'esecuzione», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 1, 2014, pp. 245 y ss. Para la autora, aunque pueda parecer que el sistema no permite al comprador del bien embargado entrar en el proceso de ejecución y no le legitima para oponerse a él de conformidad con el artículo 615 del *c.p.c.* no obstante, permite al tercero

La suspensión del proceso de ejecución se regula entre los arts. 623 y 628 *c.p.c.* El art 623 establece un principio general de no suspensión: sólo procederá la suspensión si es decretada por la ley o por el juez de la ejecución. Ejemplos de esta suspensión *ex lege* serían la recusación del juez (en virtud del art. 52 *c.p.c.*) o la Ley de 27 de enero de 2012, relativa a la composición por sobreendeudamiento. Por medio de esta ley, y ante el escenario de crisis mundial podían pedir la suspensión empresarios comerciales y agrícolas no concursados, así como consumidores que se encontrasen en una situación de sobreendeudamiento (en las condiciones reflejadas en tal ley) y se encontrasen reestructurando sus respectivas deudas.

Por su parte el art. 624 *c.p.c.* establece la suspensión de la ejecución por tramitarse una oposición a la ejecución. A tenor del artículo 624 si se presenta una objeción a la ejecución en virtud de los artículos 615 y 619, el juez de ejecución suspenderá, por motivos graves, el juicio con o sin caución a petición de una de las partes (siendo facultativo para el mismo). Para la apreciación de tales motivos graves se entiende que deben concurrir los presupuestos de las medidas cautelares de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, debiendo valorar el juez el carácter fundado de la oposición, y de que el deudor correría el riesgo de enfrentarse de forma irreversible a la injusta transmisión de uno de sus bienes⁶⁷⁶. La Corte de Casación entendería que estos graves motivos concurrirían cuando el juez considerase fundada la cuestión del fondo de la demanda planteada por la parte opositora, o si considera que existen los hechos que modifican o extinguen el crédito ejecutado por la parte actora (Sentencia de la Sección Civil de la Corte de Casación de 3 agosto 1997, nº 74134). No obstante, la propia Corte de Casación matiza que, en el caso de tratarse de una oposición de actos ejecutivos, si bien puede reevaluarse la suspensión, en tal caso la valoración tiene que centrarse en la existencia o no de hechos que modifiquen o extingan la reclamación del crédito y no en valoraciones de mero derecho (Sentencia de la Corte de Casación de 16 de enero de 2006, nº 707)⁶⁷⁷.

De esta forma, decretada la suspensión, no se puede tomar ninguna medida de ejecución a menos que el juez de ejecución ordene lo contrario (art. 626 *c.p.c.*). De igual forma cabe la posibilidad de suspenderse el procedimiento de ejecución de forma consensual, por acuerdo de todas las partes del proceso, con hasta 24 meses (art. 624 bis *c.p.c.*), con los límites fijados en el mismo artículo.

Cabe recurso, en virtud del art. 624 *c.p.c.*, contra el Auto que acuerde la suspensión de la ejecución. En tal caso el *c.p.c.* se remite al art. 669-terdecies del mismo Código, relativo al régimen de recursos contra el Auto que acuerde o deniegue una medida cautelar: en un plazo perentorio de quince días a partir del pronunciamiento en la

(gracias a la interpretación adoptada en relación con el artículo 619 del *c.p.c.*) defender su derecho, también contra los acreedores que participan en la ejecución y contra los que el título es inicialmente (considerado) inejecutable, de manera adecuada con respecto a lo que puede reclamar durante la ejecución, siempre que se le dé la posibilidad de oponerse a ello cuando la intromisión en la propiedad presente perfiles de ilegalidad.

⁶⁷⁶ O en abstracción, de la gravedad e irreparabilidad a las que podrían conducir el proceso de ejecución, vid. GIUSTI, G., *Le opposizioni nel processo esecutivo. Procedimento e casistica*, cit., p. 8.

⁶⁷⁷ SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2198.

audiencia o de la comunicación o notificación (lo que ocurra primero) y recurriéndose las resoluciones del juez unipersonal al órgano colegiado del mismo Tribunal. La resolución es irrecurrible y no es suspensiva, si bien se prevé igualmente a suspensión por motivos graves si lo considera el Presidente del Tribunal.

Los mecanismos para la realización del bien inmueble ya fueron analizados en el epígrafe relativo a la obtención del mejor precio en la realización del bien inmueble: el Derecho procesal italiano prevé dos cauces para enajenar el bien inmueble: con o sin *incanto* (art. 503 *c.p.c.*), en función del tipo de subasta que se proyecte sobre los bienes inmuebles (pública o por medio de sobres cerrados). Igualmente, el art. 532 *c.p.c.* prevé su venta confiándose al instituto judicial de ventas o, mediante orden motivada, a otra persona especializada en la materia también denominada comisionista. En el caso del crédito inmobiliario del art. 40 del Texto Único Bancario establece como norma especial que el cesionario o adjudicatario puede subrogarse en el contrato de préstamo del deudor expropiado, asumiendo las obligaciones relativas, siempre que en quince días a partir de la fecha de la adjudicación o cesión pague al banco las cuotas debidas, los accesorios y los gastos.

Respecto a la distribución de la suma obtenida de la realización de los bienes, el sistema italiano se caracteriza por la primacía del principio *par conditio creditorum* en lo que respecta a la fase de distribución, cuya base normativa recaería entre los arts. 510 y 512 *c.p.c.*⁶⁷⁸. Ello supone que, aunque el embargo sigue las reglas ordinarias fijadas en el *c.p.c.*⁶⁷⁹ (pudiendo haber acreedores no hipotecarios que traben embargos antes del inicio ejecución) la suma se repartiría de forma proporcional entre los acreedores, salvo que hubiese algún crédito considerado como privilegiado, como ocurre con la hipoteca. Así lo declara el art. 2741 del Código Civil italiano: Los acreedores tienen igual derecho a ser satisfechos con los bienes del deudor, salvo por motivos legítimos de prelación. A tenor de este artículo serían causas legítimas de prelación los privilegios, la prenda y las hipotecas, por lo que el producto de la ejecución no se sometería a tal principio⁶⁸⁰.

Este privilegio en sede distributiva es protegido por el art. 498 *c.p.c.*, en cuya virtud el acreedor hipotecario con derechos inscritos en registros públicos deben ser advertidos de los intentos de ejecución sobre el bien hipotecado pretendido por otros acreedores. De esta forma el acreedor no hipotecario que pretenda el embargo sobre el bien hipotecado tendrá la obligación en base a Derecho procesal italiano de notificar al acreedor hipotecario que conste en el registro público, en el plazo de cinco días desde que trabe el embargo. En tal notificación el acreedor no hipotecario habrá de hacer constar la reclamación por la que se efectúa el embargo, el título y los bienes embargados. De hecho, la consecuencia de la no notificación derivaría en el hecho de que a falta de prueba de la notificación el juez de la ejecución no podrá pronunciarse sobre la solicitud de cesión o venta del acreedor no hipotecario. El fundamento de la esta norma se basaría en la

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 716.

⁶⁷⁹ BOZZA, G., *Il credito fondiario nel nuovo T.U. Bancario*, cit., p. 113.

⁶⁸⁰ RICCIO, A., «Due voci sul conflitto tra privilegio speciale ed ipoteca», *Contratto e impresa*, vol. 6, 2010, pp. 1236 y ss.

necesidad de provocar la intervención del acreedor privilegiado hipotecario en el procedimiento de ejecución (hasta la aprobación del proyecto de distribución del art. 596 *c.p.c.*), tanto para la adecuada protección de sus intereses como en relación con el efecto abrogatorio de la venta forzosa sobre los registros hipotecarios preexistentes y la distribución de la suma de la venta⁶⁸¹.

Resulta igualmente preciso destacar que el acreedor hipotecario solo puede dirigir la ejecución contra los bienes hipotecados. De conformidad al art. 558 *c.p.c.* si un acreedor hipotecario extiende el embargo a un bien inmueble no hipotecado a su favor el juez de la ejecución tendrá que o bien aplicar el art. 496 *c.p.c.* (ordenar la reducción del embargo) o suspender la venta forzosa hasta que se haya completado la venta del bien hipotecado.

En el caso del procedimiento extrajudicial del artículo 120-quinquiesdecies 4 d, antes de transferirse el bien inmueble a acreedor hipotecario debe tasarse por un perito tasador independiente elegido por las partes de común acuerdo. De no llegarse a un acuerdo, tal perito tasador será nombrado por el Presidente del Tribunal con competencia territorial para conocer de la ejecución y siguiendo el procedimiento del art. 696 del *c.p.c.* (relativo al nombramiento de técnico o inspector judicial, siendo nombrado por el propio órgano jurisdiccional) que elaborará un informe de tasación pericial judicial tras el incumplimiento. El perito tasador judicial habrá de someterse a los estándares de tasación contenidos en el art. 120-duodecies del Texto Único Bancario y en el resto de la legislación procesal civil analizada en el epígrafe sobre la tasación. Y como se ha analizado anteriormente, si de la tasación realizada por el perito tasador se arroja un valor inferior a la deuda ésta quedará extinta, pero si fuese superior el acreedor hipotecario deberá entregar el remanente al deudor cuyo bien ha sido trasferido.

Respecto a los efectos de la ejecución de la hipoteca ante la interferencia de un procedimiento de insolvencia, el art. 41-1 del Texto Único Bancario establecen que la entidad bancaria puede iniciar o continuar las medidas de ejecución sobre los bienes hipotecados para garantizar los préstamos inmobiliarios, incluso después de que el deudor se haya declarado en concurso (*fallimento*)⁶⁸². En tal caso el administrador concursal (*curatore*) tendría derecho a intervenir en la ejecución. El monto resultante de la ejecución que excediese la deuda contraída se atribuiría a la masa activa del *fallimento*.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte de Casación (Sentencia de 7 de noviembre de 1991, n° 11879) excluye la posibilidad de proseguir con la acción ejecutiva basada en una hipoteca inmobiliaria cuando el deudor accede a la llamada fase de *concordato preventivo*, en la que trataría de restaurar la continuidad de su negocio mediante la cesión de bienes u otras operaciones extraordinarias regulado en los arts. 160 y ss. de la *Legge Fallimentare* (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267). Es así que el art. 168-1 de la *Legge Fallimentare* establece que a partir de la fecha de publicación del

⁶⁸¹ RAVAZZONI, A., *Le ipoteche*, cit., p. 446.

⁶⁸² VINCRE, S., «Le pretese del creditore fondiario e quelle della curatela fallimentare alla luce dell'economia processuale», *Rivista di diritto processuale*, vol. 1, 2020, pp. 402 y ss.

recurso en el registro mercantil y hasta que el decreto por el que se aprueba el convenio con los acreedores sea definitivo, los acreedores no podrán, bajo pena de nulidad, iniciar o continuar la ejecución o las medidas cautelares sobre los bienes del deudor.

En cualquier caso, el párrafo tercero del art. 40 del Texto Único Bancario resultaría claro, estableciendo un privilegio procesal en favor del acreedor hipotecario⁶⁸³: el custodio de los bienes embargados, el administrador judicial y el administrador concursal deberán pagar al banco los ingresos de los bienes hipotecados a su favor, menos los gastos de administración e impuestos, hasta que se haya satisfecho la reclamación del crédito vencido. Esta norma supondría una derogación del régimen general contenido en el art. 51 de la Legge Fallimentare, que prohibiría las ejecuciones individuales fuera del concurso. Por ello se garantizaría al acreedor hipotecario el crédito resultante de la enajenación del inmueble, pero este privilegio procesal estaría sujeto a que el banco se haya acogido al derecho de iniciar o continuar la acción de ejecución fuera del concurso⁶⁸⁴, por lo que la deuda del acreedor hipotecario no habría de incluirse en la masa pasiva del concurso como resultado de dicho privilegio⁶⁸⁵.

Por último, el procedimiento de puesta en posesión del bien ejecutado se tramitaría conforme a las normas del *rilascio di beni immobili* (cuya traducción equivaldría a liberación o lanzamiento de bienes inmuebles) regulado en los arts. 605 y ss. del *c.p.c.* Tal y como establece el art. 2930 del Código Civil italiano, si no se cumple la obligación de entregar una cosa determinada, ya sea mueble o inmueble, el derechohabiente podrá obtener la entrega o la liberación forzosa de conformidad con las disposiciones del *c.p.c.* (a través de las normas del *rilascio*). Con este procedimiento se trataría de adecuar la realidad de los hechos a la jurídica, como el derecho del acreedor contra el deudor hipotecario.

Para acceder al procedimiento de *rilascio* es preciso contar con título ejecutivo al efecto. Cuando deriva de una ejecución de hipoteca, el art. 586 *c.p.c.* establece que aprobado judicialmente el precio de la subasta y pagado por el juez de ejecución, dictará un decreto que transfiera el bien expropiado al adjudicatario, ordenando que se supriman las transcripciones de los embargos y de las inscripciones de la hipoteca, si éstas no se refieren a las obligaciones asumidas por el adjudicatario. El decreto también contendrá un mandato al deudor o al custodio para que libere la propiedad vendida, que constituiría tanto el título para la transcripción de la venta en el Registro de la Propiedad italiano como título exigible iniciar el procedimiento de *rilascio*. De conformidad al art. 605 el *precetto* para la ejecución por *rilascio* deberá contener, igualmente, una descripción sumaria del bien. Además, tanto el título ejecutivo descrito como la notificación o *precetto* del mismo deben hacer referencia al plazo para procederse al desalojo.

⁶⁸³ Algunos autores, como PRESTI, G., «La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa», cit., pp. 220-221, han considerado que la disparidad injustificada de trato del crédito inmobiliario con otros acreedores es inconstitucional en base al principio de igualdad del art. 3 de la Constitución italiana.

⁶⁸⁴ SEPE, M., «Art. 41. Procedimento esecutivo», cit., p. 499.

⁶⁸⁵ FILOGRANO, G. R., *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 145.

De este modo y de conformidad al art. 608 el oficial judicial deberá comunicar (preaviso) a la parte ejecutada, con un mínimo de diez días, que deberá liberar la propiedad en un día y hora determinada. El día y la hora señalados, el oficial judicial, y el ejecutante que aparezca en el título ejecutivo deben personarse en el lugar de la ejecución y, haciendo uso si es necesario de los poderes que otorga el artículo 513 *c.p.c.* (abrir puertas, almacenes o contenedores, para vencer la resistencia del deudor o de terceros, o para retirar a las personas que perturben la ejecución, tomando el oficial judicial las medidas oportunas según las circunstancias y solicitando, cuando sea necesario, la asistencia de la fuerza pública). Eventualmente y una vez se hagan uso de tales poderes el oficial judicial (según la Corte de Casación en su Sentencia de 19 de diciembre de 1980 nº 6564 serían una facultad discrecional del oficial judicial) pondrá al solicitante o a la persona que éste designe en posesión del bien, a quien entregará las llaves, y exhortará a los titulares a reconocer al nuevo propietario.

4. La ejecución de la hipoteca en Francia

Siguiendo con el estudio de los modelos comparados de ejecución de hipoteca en Europa, entendemos necesario tomar como referencia al sistema francés entre otras razones por su influencia a los estados de su entorno (como Bélgica o los Países Bajos). De hecho, dentro de la clasificación definida por STORME y citada al inicio del presente epígrafe, de entre las tres categorías de ejecución forzosa definidas en Europa una sería el modelo “franco-alemán”.

En el Derecho francés existen tres cauces jurídico-procesales para ejecución de la hipoteca: a) la adjudicación en pago (*attribution en paiement*) de conformidad a lo establecido entre los arts. 2458 y 2460 del Código Civil francés (en modalidad jurisdiccional o convencional), ya analizado en el epígrafe relativo a la transferencia de la garantía promocionada en la Directiva 2014/17 (prohibida cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor en virtud del art. 2458 del Código Civil), b) la incautación forzosa de bienes inmuebles o *saisie immobilière*, que conllevaría la subasta del bien hipotecado, y c) la venta amistosa o *vente amiable*. Para acudir a la venta amistosa o forzosa el Derecho procesal francés establece la necesidad de obtener una decisión del juez de ejecución para orientar el resultado de la ejecución, en un trámite denominado

audiencia de orientación (*audience d'orientation*) establecida en los arts. R322-15 y ss. del CPCE francés⁶⁸⁶.

En Derecho francés se permite la ejecución de títulos extrajudiciales, emanados de oficiales públicos a los que la ley delegado la facultad de expedir títulos ejecutivos. En esta categoría se incluirían las actas notariales (1), que serían los más frecuentes en la práctica, y los títulos establecidos por los *huissiers de justice* (2), que se reducirían al impago de cheques y pequeñas deudas de carácter contractual o estatutario inferiores a los 4000 euros, en base al tenor del art. L125 del CPCE tras su adaptación por la “Ley Macron” de 6 de agosto de 2015.

En virtud del art. 2416 del Código Civil francés, la hipoteca convencional sólo puede ser otorgada mediante acta notarial. Las actas notariales se configuran como título ejecutivo en el art. L113-3 párrafo 4º del CPCE francés. El Código establece una única condición común a todos los títulos ejecutivos que consten en acta notarial, y es que deben estar “revestidos de fórmula ejecutiva” (*revêtus de la formule exécutoire*). Esta fórmula sería insertada por el propio notario, confirmando así ejecutoriedad a los documentos públicos que recibe, sin ninguna condición particular⁶⁸⁷. De este régimen general habría una excepción: los documentos públicos redactados por un notario de los departamentos de Alsacia o de Mosela, que sólo serían ejecutorios si se cumplen dos condiciones según el art. L111-5 1º del CPCE. Por un lado, la escritura debe basarse en una cantidad determinada de dinero o en una cierta cantidad de otras cosas fungibles o valores monetarios. E igualmente el deudor debe someterse expresamente a la ejecución forzosa en la escritura debiendo haber cláusula especial.

De conformidad con el art. L311-2 del CPCE francés, todo acreedor que posea un título ejecutivo que establezca una reclamación líquida y debida puede embargar un bien inmueble en las condiciones establecidas para la incautación forzosa de bienes inmuebles.

Antes de abordar la cuestión relativa a la competencia judicial, entendemos preciso realizar un análisis del papel que desempeña el *huissier de justice* en el sistema jurídico francés. El *huissier* es un agente y oficial público nombrado por el Ministerio de Justicia cuyo estatuto está previsto por la Ordenanza nº 45-2592 del 2 de noviembre de 1945. El art. L122-1 del CPCE establece que sólo los *huissier de justice* encargados de la ejecución forzosa pueden llevar a cabo ejecuciones forzosas y los embargos preventivos (*saïses conservatoires*).

Un *huissier* sólo puede llevar a cabo un acto relativo a un procedimiento de ejecución civil si dicho acto se encuentra en su jurisdicción territorial establecida en el

⁶⁸⁶ Como establece este artículo, en la audiencia de orientación el juez de ejecución, después de oír a las partes presentes o representadas, comprueba que se cumplen las condiciones de procedibilidad y se pronuncia sobre las eventuales reclamaciones incidentales, determinando las condiciones de continuación del procedimiento, autorizando una venta amistosa a petición del deudor u ordenando una venta forzosa. Cuando el tribunal autorice una venta amistosa, se asegurará de que pueda celebrarse en condiciones satisfactorias teniendo en cuenta la situación de la propiedad, las condiciones económicas del mercado y cualquier actuación del deudor.

⁶⁸⁷ HOONAKKER, P., *Procédures civiles d'exécution*, cit., p. 142.

Decreto n°56-222 de 29 de febrero 1956 (reformado por Decreto n° 2016-1875 de 26 de diciembre de 2016) que sería el tribunal de apelación (*cour d'appel*) en el que se encuentre establecido, bajo pena de nulidad de las actuaciones ejecutivas (Sentencia de la 2° Cámara de la Corte de Casación Civil de 27 de septiembre de 2012, n° 11-23159). En general las notificaciones y denuncias serían evacuadas por el *huissier* del tribunal de apelación donde el deudor tenga su domicilio o residencia. Materialmente las actuaciones del *huissier* abarcarían todas las ejecuciones forzosas y los embargos preventivos, con excepción del embargo de la remuneración laboral (que competiría al tribunal de instancia) y la venta forzosa de los bienes embargados, salvo las materias reservadas al juez de la ejecución. Como establece el art. L122-2 CPCE el *huissier* es responsable de la realización de las operaciones de ejecución y por lo tanto estaría facultado, cuando la ley lo exija, para solicitar al juez de ejecución o al Ministerio Público la autorización o prescripción de las medidas necesarias.

El *huissier* debe recibir un encargo de parte del acreedor o su representante, y sin perjuicio de los actos que requieren un poder especial este mandamiento para iniciar la ejecución no estaría sujeto a ninguna forma particular e incluso podría resultar tácitamente de la mera entrega del mandamiento de ejecución al funcionario judicial según el artículo R141-1 del CPCE. En principio el *huissier* estaría obligado a prestar su ministerio, pero podría negarse (según el art. L 122-1 CPCE cuando la medida solicitada por el acreedor interesado parezca ser ilegal o cuando el importe de las costas parezca manifiestamente susceptible de exceder el importe de la demanda reclamada). En tales casos y como la apreciación la legalidad de una pretensión puede no resultar fácil a primera vista, el artículo R122-1 del CPCE autoriza al *huissier* a remitirse previamente al juez de ejecución si lo considera necesario, y correspondería entonces al juez decidir sobre el carácter ilícito o desproporcionado y autorizar, si es necesario, al *huissier* a rechazar su ministerio. De autorizarse el *huissier* deberá realizar y supervisar en persona las actuaciones ejecutivas⁶⁸⁸.

Respecto al juez de la ejecución, el sistema francés se caracterizaría por la centralización del litigio de ejecución en manos de un solo órgano jurisdiccional. El artículo L213-5 del Código de Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire*) dispone que las funciones del juez de ejecución son ejercidas por el presidente del tribunal judicial (*tribunal judiciaire*), que según este precepto podrá delegar sus funciones en uno o más jueces, debiendo en tal caso determinar la duración y el alcance territorial de dicha delegación.

En relación a la competencia material el juez de la ejecución estaría encargado de ocuparse exclusivamente de las dificultades derivadas de los títulos ejecutorios y de las controversias que surjan en relación con la ejecución forzosa, aunque se refieran al derecho de fondo, a menos que queden fuera de la jurisdicción de los tribunales de justicia. De igual modo autorizará las medidas cautelares y conocerá de las controversias relativas a su aplicación. De igual modo conocerá del procedimiento de incautación

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp. 81-86.

forzosa de bienes inmuebles referido, de las controversias que surjan durante de dicho procedimiento y de las reclamaciones derivadas de dicho procedimiento o directamente relacionadas con él, incluso cuando se refieran al derecho de fondo, así como del procedimiento de distribución de la suma obtenida con la subasta que se derive del mismo, de conformidad al art. L213-6 del Código de la Organización Judicial. Igualmente tiene la competencia de conocer las demandas de indemnización basadas en el cumplimiento perjudicial o el incumplimiento de las medidas de ejecución forzosa o de medidas cautelares. Esta competencia se entendería igualmente para las ventas de inmueble en el seno de concursos de acreedores (*procédures collectives*) de conformidad a los arts. L642-18, R642-27, R642-28 y R642-29 del Código de Comercio francés⁶⁸⁹.

Respecto a la competencia territorial, el art. R311-2 del CPCE francés establece que la incautación forzosa de bienes inmuebles se llevará a cabo ante el juez de ejecución del tribunal en cuya jurisdicción se encuentren los bienes confiscados. Respecto a múltiples inmuebles ejecutados, el art. R311-3 del mismo Código establece que cuando un acreedor ejecute simultáneamente varios bienes inmuebles del mismo deudor situados en las jurisdicciones de varios tribunales, el procedimiento se iniciará ante el tribunal de ejecución del tribunal en cuya jurisdicción esté situado el bien inmueble ejecutado en el que resida el deudor; y en su defecto, el procedimiento se iniciará ante el tribunal de la jurisdicción en la que esté situado cualquiera de los bienes inmuebles.

Mayor complejidad entrañaría los motivos de incumplimiento del deudor para vencer el crédito de forma anticipada y reclamar la totalidad de la deuda (*remboursement immédiat du capital restant*), en tanto que sería preciso atender a los requisitos de la pérdida del término (*déchéance du terme*) establecido entre el arts. L312-39 y L313-51 del Código de Consumo (*Code de la consommation*). En virtud de tales artículos, en caso de incumplimiento del prestatario, el prestamista puede exigir el reembolso inmediato del capital pendiente, más los intereses devengados y no pagados. Hasta la fecha del pago efectivo, las sumas que queden por pagar devengarán intereses de demora a un tipo igual al del préstamo. Además, el prestamista puede pedir al prestatario moroso una indemnización que, en función de la duración restante del contrato y sin perjuicio de las facultades de moderación del art. 1231-5 del Código Civil, se fije según una escala determinada por decreto.

De este modo, de conformidad al art. R321-1 del CPCE francés, el procedimiento de ejecución se iniciaría mediante la notificación al deudor o al tercer poseedor de una orden o requerimiento de pago (*commandement de payer*), entregada al deudor por el *huissier*, en el que habrán de notificarse una serie de datos señalados en el art. R321-3 del mismo Código. Entre tales datos tendrían que constar el abogado designado por la parte actora, la fecha, el estado de las sumas reclamadas en concepto de principal, gastos e intereses devengados, así como una indicación del tipo de interés de los atrasos; la advertencia de que el deudor debe pagar estas sumas en un plazo de ocho días (ampliándose a un mes en caso de tratarse de un derecho de hipoteca y debiendo

⁶⁸⁹ LAPORTE, C., *Guide pratique de la saisie immobilière*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 10.

notificarse a la persona a la que se ha concedido la hipoteca y al tercero), que en caso de falta de pago el procedimiento de venta de la propiedad continuará y que para ello el deudor será citado a comparecer en una audiencia del juez de ejecución; la designación de cada uno de los bienes o derechos que responderán de la obligación; una indicación de que el deudor conserva la posibilidad de buscar un comprador del bien embargado para realizar una venta amistosa, etc. En caso de que el deudor sea persona física, en el requerimiento debe informarse de que si dicho deudor se considera en situación de sobreendeudamiento, tiene derecho a recurrir a la comisión de sobreendeudamiento de los particulares instituida por el artículo L712-1 del Código del Consumo⁶⁹⁰. La omisión de los datos contenidos en el art. R321-3 del Código de Consumo supondría la nulidad de lo actuado (Sentencia de la Corte de Casación, Cámara Civil 1ª de 3 de junio de 2015, N° 14-15655)⁶⁹¹. La reciente sentencia igualmente de la Cámara 1ª de la Corte de Casación de 22 de junio 2017, n° 16-18.418, pone de relieve la necesidad de especificar en el requerimiento el plazo de que dispone el deudor para impedir la ejecución o asignación.

Ni el derecho sustantivo o procesal francés establecen un porcentaje mínimo o número de impagos legales para poder reclamar el vencimiento anticipado (habrá que atender a la cláusula de resolución insertada en el contrato), por lo que podría fácilmente deducirse que con el impago de una cuota podría reclamarse todo el préstamo. No obstante, esta carencia de número mínimo de impagos se neutralizaría con dos previsiones jurídicas en defensa del deudor hipotecario que tenderían a no iniciar el proceso de ejecución con carácter instantáneo. Por un lado, un mecanismo al margen de la ejecución el art. L314-20 del Código de Consumo, en cuya virtud puede pedirse un plazo de gracia (*délai de grâce*) por razón de desempleo al juez encargado de las condiciones suspensivas del art. 1343-5 del Código Civil que no exceda más de dos años según dicho artículo, pudiendo decretar la misma autoridad judicial que las sumas adeudadas no devenguen intereses.

Igualmente, el art. L121-2 del CPCE establece el principio de prohibición del abuso de derecho de ejecución de inmuebles, en el sentido de que el juez de ejecución estaría facultado para ordenar la liberación de toda medida de ejecución innecesaria o abusiva y para ordenar al acreedor el pago de daños y perjuicios en caso de embargo (condenándolo en costas). Esto podría derivar en una proporcionalidad entre lo no pagado

⁶⁹⁰ Estas comisiones tienen naturaleza administrativa y se constituirían en cada departamento, cuya composición y las modalidades estarían establecidas por el Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) en virtud del art. L712-4 del Código de Consumo, con participación de los Prefectos de la forma establecida en el art. R712-5. Estarían facultadas para aplicar las medidas que aparecen en el art. L733-1 del Código de Consumo y siguientes. En caso de que no haya conciliación o de que ésta fracase, la Comisión podrá, a petición del deudor y tras dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones, la comisión puede: reprogramar el pago de deudas de cualquier tipo, incluso, cuando sea necesario, aplazando el pago de parte de ellas, sin que el período de aplazamiento o reprogramación exceda de siete años, imputar los pagos al capital, prescribir que las sumas correspondientes a los vencimientos diferidos o reprogramados devengarán intereses a un tipo reducido que podrá ser inferior al tipo de interés legal por decisión especial y motivada y si la situación del deudor así lo requiere, o suspender la exigibilidad de las reclamaciones que no sean de alimentos por un período no superior a dos años. Esta suspensión podrá ser solo de intereses, manteniéndose la obligación de pagar el capital del préstamo.

⁶⁹¹ PLOUX, G. Y PLOUX, G., *La pratique de la saisie immobilière*, Mesnil-sur-l'Estrée, Breal, 2014, p. 40.

y el valor del bien enajenado, si bien la jurisprudencia lo valorarlo con carácter restrictivo en relación a este argumento jurídico⁶⁹².

Respecto a los mecanismos de defensa del deudor en el mismo procedimiento, en el sistema francés tendría que plantearse como contestación (*contestation*) o demanda incidental (*demande incidente*) que se resolvería en la audiencia de orientación. Así lo establecería el art. R322-15 del CPCE: en la audiencia de orientación, el juez de la ejecución, después de oír a las partes presentes o representadas, tendrá que comprobar se cumplen las condiciones de los artículos L. 311-2 (que en el título ejecutivo conste una reclamación líquida y exigible que de lugar a la incautación forzosa un bien inmueble en las condiciones establecidas en el Código), L. 311-4 (necesidad de que la venta forzosa deba tener lugar en virtud de un título con cosa juzgada cuando la ejecución sea provisional) y L. 311-6 (que la incautación de bienes inmuebles pueda afectar a todos los derechos reales relacionados con los bienes inmuebles, incluidos sus accesorios). En esta audiencia el juez se pronunciará sobre las eventuales contestaciones y demandas incidentales, determinando las condiciones de continuación del procedimiento, autorizando una venta amistosa a petición del deudor u ordenando una venta forzosa.

De esta forma los eventuales incidentes cognitivos que ataquen a la viabilidad de la acción ejecutiva tendrían que plantearse como contestación o demanda incidental. Y como afectarían a la sustanciación del proceso de ejecución se resolverían por el juez en la audiencia de orientación, tras la cual el proceso ejecutivo continuaría siguiéndose los trámites correspondientes.

Los artículos R311-5 a R311-11 del CPCE prevén dos tipos de incidentes previos a la venta forzosa: las contestaciones y las demandas incidentales. No obstante, no se da ninguna definición ni se elabora ninguna lista, al menos de carácter indicativo. Como establece la doctrina la lista no es exhaustiva⁶⁹³.

Las contestaciones tienen diferentes finalidades: la modificación de un título o las condiciones de venta previstas el cuaderno propuesto por el acreedor (que según el art. R322-11 CPCE podría plantear cualquier interesado, si bien la impugnación del tipo de la subasta sólo lo podría impugnar el deudor) que no sería definitivo hasta la resolución de todas las controversias en la audiencia de orientación; la anulación de un acto o de la totalidad del procedimiento de incautación forzosa (pudiendo ser anulación de forma o de fondo, regulada entre los arts. 112 a 121 del Código de Procedimiento Civil francés, destacando las alegaciones basadas en la inobservancia de las normas sustantivas del art. 118, pudiendo apreciarse de oficio por el juez de conformidad al art. 120 del Código de

⁶⁹² Como ejemplo la Sentencia de la Cámara 2ª de la Corte de Casación de 15 de mayo de 2014 (nº 13-16.016), se argumentó que como resultado de la reclamación de una deuda inferior a 5.000 euros, puesto que si bien el acreedor tiene la posibilidad de elegir las medidas para garantizar la ejecución de su crédito, correspondería en su caso al deudor solicita su liberación del inmueble respecto del proceso de ejecución demostrar que tal medida exceden de lo necesario para obtener el pago de la obligación (no pudiendo invertirse simplemente). Vid. LAPORTE, C., *Guide pratique de la saisie immobilière*, cit., p. 41.

⁶⁹³ HOONAKKER, P., *Procédures civiles d'exécution*, cit., p. 378.

Procedimiento); o la caducidad y la extemporaneidad del requerimiento de pago (dos años tras el requerimiento, según el art. R321-21 CPCE).

Las demandas incidentales se ceñirían a planteamientos jurídicos concretos que emanarían del deudor, del acreedor o de un tercero. Las más planteadas serían las del deudor⁶⁹⁴, en relación al objeto del procedimiento (en lo que respecta a la conversión en hipotecas judiciales en caso de incautación simultánea de varios bienes), la concesión de un período de gracia basados en el artículo 1343-5 del Código Civil y L314-20 del Código de Consumo, el mecanismo para la realización del bien inmueble (si por incautación forzosa o venta amistosa) y la suspensión del procedimiento debido al sobreendeudamiento.

La suspensión del procedimiento por sobreendeudamiento se regularía en el art. R322-16 del CPCE. En virtud de este precepto tal suspensión tendría lugar en virtud del artículo L721-4 del Código del Consumo.

En virtud del art. L721-4 el procedimiento se iniciaría a petición del deudor ante la comisión de sobreendeudamiento. La comisión podrá, a partir de la presentación de la solicitud del expediente y hasta que se dicte la decisión sobre la admisibilidad de la solicitud para tratar la situación de sobreendeudamiento, remitir el asunto al juez de la ejecución encargado del litigio con el fin de suspender el procedimiento de ejecución contra los bienes del deudor y el pago de prestaciones por conceptos distintos a deudas de alimentos. En casos urgentes, el asunto incluso puede ser remitido al juez a iniciativa del Presidente de la comisión, del delegado de éste o del representante local del Banco de Francia.

Como se abordó en anterior nota a pie de página estas comisiones de sobreendeudamiento son entidades de naturaleza de Derecho administrativo que estarían facultadas para tramitar expedientes en los que se adoptan las medidas art. L733-1 del Código de Consumo. Entre otras medidas estarían facultadas para reprogramar y aplazar el pago de deudas de cualquier tipo hasta siete años, imputar los pagos al capital, prescribir que las sumas se abonen a un tipo de intereses reducido inferior al tipo de interés legal o suspender las reclamaciones que no sean de alimentos por un periodo no superior a dos años.

En las actuaciones de contestación y demanda incidental las partes deben designar abogado de conformidad al art. R311-4 CPCE, salvo para solicitar en la audiencia la autorización de la venta amistosa del inmueble, en cuyo caso podrá formularlo oralmente sin comparecer con abogado en virtud del art. R322-17 CPCE.

Tras la audiencia de orientación se pronunciaría una Sentencia de orientación, resolviendo todas las contestaciones y demandas incidentales planteadas. Los recursos contra las resoluciones de la audiencia de orientación se tramitarían conforme al art. R322-19 CPCE. Se tramitará conforme al procedimiento de día fijo (*procédure à jour*

⁶⁹⁴ *Ibid.*, pp. 380-381.

fixe), el cual se trata de una tramitación especial de la apelación establecida entre los arts. 788 a 792 del Código de Proceso Civil para las resoluciones del tribunal de gran instancia (hoy tribunal judicial, como se ha especificado anteriormente) y entre los arts. 917 a 925 para la tramitación ante la Corte de apelación. La particularidad de este recurso estribaría en que estaría diseñado para que tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto en un plazo más breve debiéndose indicar los motivos de la urgencia. No obstante, para las resoluciones de la Sentencia de orientación el art. R322-19 CPCE establece que el apelante no tiene que invocar en su solicitud ningún peligro en la demora. Además, cuando se presente un recurso contra una sentencia que ordene una venta por subasta, el recurso se resolverá a más tardar un mes antes de la fecha fijada para la subasta, debiéndose aplazar la fecha para la subasta si fuese necesario.

Los mecanismos para la realización del bien inmueble variarán en función del procedimiento determinado en la audiencia de orientación. Si el juez de la ejecución opta por tramitarlo por el cauce de la incautación de bienes inmuebles (*saisie immobilière*) se celebraría una venta forzosa con subasta en las condiciones referidas en el epígrafe de la obtención del mejor precio en el proceso de ejecución (aprobación definitiva del cuaderno de condiciones de la subasta, publicación de la subasta, concurrencia presencial de postores representados por abogado y terminaría con la adjudicación al mejor postor). Celebrada la subasta y pagado el precio, el juez de la ejecución dictará Sentencia de adjudicación, la designación del inmueble adjudicado, la fecha y el lugar de la venta forzosa, la identidad del adjudicatario, el precio de la subasta y el importe de los gastos gravados, así como las disputas que resuelva (posteriores a la audiencia de orientación) cuando sea necesario (art. R322-15 CPCE). Solo sería apelable la sentencia de adjudicación que resuelva controversias, en un plazo de quince días a partir de su notificación (art. R322-60).

Como especialidad para la realización de bienes hipotecados el art. L311-5 párrafo 2º del CPCE, en virtud del cual un acreedor hipotecario solo podrá embargar bienes inmuebles no hipotecados a su favor sólo cuando la hipoteca que se le ha concedido no le permita obtener satisfacción de sus derechos.

En relación a la venta amistosa, puede destacarse que se trata de la gran innovación de la reforma creada por el Decreto N° 2012-783, de 30 de mayo de 2012. Cumpliría el objetivo de obtener un mecanismo de realización menos traumático para el deudor y menos costoso para los acreedores, que debería permitir alcanzar un precio más alto en interés de todas las partes. No obstante, la venta amistosa no debe confundirse con la venta voluntaria o privada. La venta voluntaria sería aquella en la que el propietario decide libremente sin la restricción de un procedimiento de ejecución (para satisfacer el crédito y con el consentimiento del acreedor). Por el contrario, una venta amistosa siempre se vincula con una propiedad inmersa en un proceso de ejecución. Forma parte del procedimiento de confiscación de bienes y debe calificarse como opuesta a la venta forzosa. Su régimen jurídico se prevé en los artículos L322-3, L322-4 y R322-20 a R322-25 del CPCE, y se inspiraría tanto en la venta voluntaria como en la forzada. Al igual que la venta voluntaria, se basa en la voluntad de las partes. Pero esto no sería

suficiente, ya que los intereses de los acreedores deben ser protegidos. Por esta razón el CPCE establece dos condiciones: el juez debe siempre autorizar la venta y luego controlar su realización⁶⁹⁵.

La solicitud de venta amistosa sería presentada por las partes y suspende el curso del procedimiento de ejecución (salvo el plazo concedido a los acreedores que se incorporen para declarar su crédito de conformidad al art. R322-20 CPCE). De esta forma el juez fijará un precio bajo el cual no podrá venderse el bien, atendiendo a las condiciones de mercado, concediendo a las partes no superior a cuatro meses (ampliables si el acreedor ejecutante manifiesta su compromiso de adquirir la propiedad). La transmisión del bien habrá de constar en acta pública ante notario (art. R322-24) y la transmisión del bien no podrá registrarse hasta que el juez de la ejecución se asegure de la escritura de compraventa cumple con las condiciones (art. R322-25). Autorizada la venta el juez cancelará la hipoteca mediante sentencia, que no será susceptible de apelación. Y si no pudiese registrarse la venta amistosa, se ordenará seguir con los trámites de la venta forzosa.

En relación a la interferencia de un procedimiento de insolvencia, con carácter general, el procedimiento colectivo (de naturaleza concursal, denominado *procédure collective*) prevalecerá sobre la ejecución singular en el procedimiento de incautación forzosa de bienes inmuebles y el juez de ejecución se inhibirá del procedimiento a favor de los órganos del procedimiento colectivo⁶⁹⁶. En Derecho francés hay tres tipos de procedimientos colectivos: los procedimientos de salvaguardia (*procédure de sauvegarde*) que se inicia a petición de un deudor que encuentra dificultades en el ejercicio de su actividad profesional y pueden dar lugar a la suspensión de pagos (artículos L620-1 y ss. del Código de Comercio); la reorganización judicial (*redressement judiciaire*), iniciada cuando la empresa está en suspensión de pagos y se cree que la empresa puede seguir funcionando (artículos L631-1 y ss. del Código de Comercio); y la liquidación judicial (*liquidation judiciaire*) iniciada cuando la suspensión de pagos no es posible. En este caso, la actividad de la empresa debe cesar y los bienes del deudor deben ser realizados (artículos L640-1 y siguientes del Código de Comercio). En el caso de la incautación forzosa de inmuebles singular, es necesario examinar los efectos de la existencia de uno u otro de los procedimientos colectivos sobre los procedimientos pendientes ante el juez de ejecución (I), y luego examinar la venta de los bienes ejecutados (II).

La sentencia de apertura de la salvaguardia detendrá o prohibirá todo procedimiento de ejecución y embargo de bienes inmuebles pertenecientes al deudor por parte de todos los acreedores cuyo crédito sea anterior a la referida resolución de apertura (como establece el art. L622-21 del Código de Comercio). En base al mismo artículo igualmente se detienen y prohíben los procedimientos de distribución de sumas que constituyen la fase final del procedimiento de embargo de bienes inmuebles y que todavía

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p.389.

⁶⁹⁶ PLOUX, G. Y OTROS, *La pratique de la saisie immobilière*, cit., pp. 213 y ss.

no hayan surtido efecto a la fecha de la sentencia de apertura del procedimiento. Estos efectos suspensivos y prohibitivos son igualmente aplicables al procedimiento de la reorganización judicial mediante la ampliación que hace el artículo L631-14 del Código de Comercio, así como para la liquidación en su art. L641-3.

Cuando el embargo de un bien inmueble iniciado antes de la apertura del procedimiento de salvaguardia, de reorganización o de liquidación haya sido suspendido por efecto de este último, el liquidador del concurso podrá subrogarse en los derechos del acreedor embargante respecto de los actos realizados por este último, que se considerarán realizados en nombre del liquidador que proceda para la venta del bien inmueble. El embargo de bienes puede entonces reanudarse en la etapa en que la sentencia de apertura lo habría suspendido (artículo L642-18 del Código de Comercio). En tal caso el liquidador concursal tendrá que solicitar al juez comisionado del concurso, en virtud del art. R642-24 del Código de Comercio, la autorización para reanudar el procedimiento. En tal caso el tribunal se pronunciará sobre la solicitud de ejecución después de haber recogido las observaciones del liquidador y de haber escuchado al deudor.

Si bien el sistema francés prevé un sistema de subrogación de los órganos del concurso en la posición jurídica del acreedor, en la liquidación judicial el acreedor hipotecario tendría diversos privilegios. Los acreedores titulares de un gravamen especial, incluida la hipoteca podrán ejercer su derecho de acción individual cuando el liquidador no haya procedido a la liquidación del bien gravado en un plazo de tres meses a partir de la sentencia que inicie o pronuncie la liquidación forzosa (art. L643-2 del Código de Comercio).

En lo que respecta a la distribución de la suma una vez liquidada, el art. L643-4 del Código de Comercio establece que, tras la venta de los inmuebles y la liquidación definitiva entre los acreedores preferentes e hipotecarios, aquellos de ellos que tengan un rango útil en el precio de los edificios por la totalidad de sus reclamaciones recibirán el importe de su colocación hipotecaria una vez que se deduzcan las sumas que hayan recibido, por lo que se mantiene el privilegio hipotecario. Respecto al exceso de los beneficios que se reciban tras la venta se retiene del monto de la hipoteca y se distribuirá en las cantidades a los acreedores no garantizados (art. L643-5). Por otra parte, en los casos en los que no se haya restituido la totalidad del crédito pagada su parte del precio del inmueble realizado tendrán que concurrir con los acreedores no garantizados por la parte del crédito hipotecario que les quede por recibir (art. L643-6).

La puesta en posesión del bien ejecutado se tramitaría por el cauce del procedimiento de expulsión. Como señala la doctrina, Francia tiene un entramado sistema de prevención tendente a limitar o reducir la puesta en posesión del bien inmueble en función de las circunstancias personales del ejecutado⁶⁹⁷. El CPCE establece dos

⁶⁹⁷ UHRY, M., «Evictions in France», en KENNA, P., NASARRE AZNAR, S., SPARKES, P. y SCHMID, C. (coords.) *Loss of homes and evictions across Europe*, Northampton, Elgar Publishing, 2018, p. 112.

momentos para proceder a la expulsión del deudor: antes de la asignación o después de la asignación.

Antes de la asignación se regularía en el art. L321-2 del CPCE, y derivaría de la propia condición de depositario del bien. A menos que el bien haya sido arrendado antes del inicio de la ejecución, el deudor se constituirá en depositario del bien confiscado. El secuestro judicial está regulado en el artículo 1962 del Código Civil francés, que establece que el custodio debe, para la conservación de los efectos secuestrados, proporcionar el cuidado de un buen padre. De este modo el deudor ejecutado podría ser considerado responsable en caso de culpa en la conservación de los bienes⁶⁹⁸. De este modo el art. L321-2 del CPCE autoriza al tribunal a designar a un tercero como depositario, o incluso a ordenar la expulsión del deudor por motivos graves. El objetivo legal sería sancionar al deudor de mala fe que incumple sus obligaciones derivadas de la ejecución y definidas en el artículo 1962 del Código Civil, por negligencia o cometiendo actos de daño a la propiedad. Este es, por otra parte, el sentido del artículo R321-15 CPCE, que especifica que el deudor conserva el uso de los bienes embargados, a condición de que no realice ningún acto material que pueda reducir su valor, bajo pena de daños y perjuicios⁶⁹⁹.

Realizada la venta, el art. L322-13 del CPCE establece que la sentencia de adjudicación constituye un título de expulsión contra el ejecutado. El adjudicatario del inmueble podrá ejecutar la expulsión contra el ejecutado y cualquier ocupante a su cargo que no tenga ningún derecho oponible a él, a partir del momento del pago del precio o de su depósito y del pago de los gastos gravados, a menos que las condiciones de venta prevean el mantenimiento en los locales del deudor embargado (art. R322-64 CPCE). En base a este fundamento jurídico, la sentencia de adjudicación como título ejecutivo de expulsión se puede invocar frente al deudor, así como contra cualquier ocupante que no tenga ningún derecho oponible al comprador. No se trataría del caso del inquilino, el usufructuario o cualquier otro titular de un derecho de goce y disfrute del inmueble. En el cuaderno de condiciones de venta se pueden excluir este efecto de la sentencia de adjudicación, por ejemplo, en el caso de una situación hipotética en que el deudor deba permanecer en el local como inquilino⁷⁰⁰. De hecho, según la jurisprudencia un acuerdo secreto entre la madre, su yerno y su hijo no es oponible a terceros y el adjudicatario

⁶⁹⁸ De forma similar a la acción de devastación de Derecho español, regulada en los arts. 117 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario. Vid. MORENO QUESADA, B., «Artículo 117», cit., edición online.

⁶⁹⁹ PLOUX, G. Y OTROS, *La pratique de la saisie immobilière*, cit., p. 57. Como especifica tal autor en los textos no se especifica la forma en que se remite esta cuestión al juez de ejecución, sino que se utilizan simplemente las siguientes expresiones: "expulsión del deudor por causa grave" (artículo L321-2 del Código de Procedimiento Civil de Ejecución) o "a menos que se ordene su expulsión" (artículo R321-15 del Código de Procedimiento Civil de Ejecución). En la Circular del Ministerio de justicia 14 de noviembre de 2006, CIV/17/06, se especifica que la solicitud se hace ya sea mediante citación, cuando el juez de ejecución aún no ha iniciado la ejecución, o mediante la solicitud del abogado durante el proceso. El Ministro de Justicia precisó en una respuesta ministerial de 22 de enero de 2008 que "a petición de cualquiera de las partes, el juez puede nombrar un secuestrador o incluso ordenar la expulsión del deudor por causa grave, circunstancia que se cumple en caso de que el deudor cometa actos de degradación". Quedaría al juez de la ejecución apreciar en concreto las circunstancias que justifican tal decisión.

⁷⁰⁰ LAPORTE, C., *Guide pratique de la saisie immobilière*, cit., pp. 169-170.

puede perseguir el desalojo de la madre que se convierte en ocupante sin derecho ni título como resultado de la subasta (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Orleáns, de 10 de marzo de 2010, n°. 09/02251).

En virtud del art. L722-6 del Código de Consumo francés, admitida la solicitud para hacer frente a la situación del ejecutado, la comisión de sobreendeudamiento puede remitir el asunto al juez encargado con el fin de suspender las medidas de expulsión del domicilio del deudor. Igualmente, el art. L722-7 del mismo Código de Consumo establece que si la situación del deudor lo requiere, el juez ordenará la suspensión provisional de las medidas de expulsión, si bien se exceptúan aquellas que se basen en una sentencia de adjudicación en un procedimiento de incautación forzosa. La suspensión del art. L722-6 sólo puede tener una duración máxima de dos años por el art. L722-9 del Código de Consumo, hasta la aprobación de un plan de recuperación convencional con el deudor, hasta la resolución del expediente de sobreendeudamiento o hasta que el juez se pronuncie sobre la recuperación personal. De forma similar y dentro del Derecho concursal el art. L642-18 del Código de Comercio, párrafo 6° establece que en caso de liquidación judicial de un deudor que sea persona física, el tribunal puede, en consideración a su situación personal y familiar, concederle un período de gracia, cuya duración se determine en la misma resolución, para abandonar su vivienda principal. Los aplazamientos podrán ser acordados incluso de oficio por el tribunal (art. R412-3 CPCE).

Respecto al procedimiento el art. R411-1 CPCE establece que el *huissier* entregará un requerimiento de desalojo a la persona objeto de expulsión, donde deberá hacer constar la indicación del título ejecutivo en virtud del cual se persigue el desalojo; la designación del tribunal ante el cual se podrán presentar las solicitudes de aplazamientos y todos los litigios relativos a la ejecución de las operaciones de expulsión; la fecha a partir de la cual el local debe ser desocupado y una advertencia de que, a partir de esa fecha, el deudor y cualquier ocupante del local pueden ser desalojados por la fuerza. Si el desalojo o es de un edificio o un lugar habitado afecta a personas no identificadas, el requerimiento se entregará a la fiscalía a todos los efectos (art. R411-3).

Cuando el desalojo se refiere a un lugar habitado por la persona desalojada o por cualquier ocupante que lo acompañe, el juez que ordene el desalojo puede decidir, antes de emitir la orden de desalojo, que se dé traslado al Prefecto del Departamento (art. R412-2 CPCE), con el fin de tener en cuenta la solicitud de realojamiento del ocupante en el marco del plan de acción departamental de vivienda para personas desfavorecidas previsto por la Ley N° 90-449, de 31 de mayo de 1990, relativa a la aplicación del derecho a la vivienda.

Si la expulsión se dirige frente a un inmueble habitado por la persona expulsada o por cualquier ocupante bajo su mando, no podrá tener lugar hasta que hayan transcurrido dos meses después de la orden de expulsión. Si hubiese un plan de realojamiento derivado del art. L. 442-4-1 del Código de la Construcción y de la Vivienda que no se haya llevado a cabo por culpa del ejecutado, podrá reducir o anular este plazo (art. L412-1 CPCE). No obstante, este plazo podrá ser prorrogado cuando la expulsión tenga consecuencias para

el interesado que sean excepcionalmente duras, en particular a causa de la estación del año en cuestión o de las circunstancias atmosféricas (art. L412-2).

Llegado el día de la expulsión señalado en la Orden de desalojo tras los eventuales aplazamiento, el *huissier* podrá en virtud del art. L153-2 CPCE solicitar la asistencia de la policía para el desalojo. En base al art. R432-1 el *huissier* habrá de redactar un informe de proceso verbal de las operaciones de expulsión que habrá de contener, bajo pena de nulidad, una descripción de las operaciones que se llevaron a cabo y la identidad de las personas cuya asistencia fue necesaria; así como la designación del tribunal competente para resolver los litigios relativos a las operaciones de expulsión. El informe será firmado por todas las personas que participen. En caso de negarse a firmar, se hará mención de ello, si bien deberá dar una copia de informe de proceso verbal a la persona expulsada.

5. La ejecución de la hipoteca en Irlanda

El último Estado miembro que hemos tomado como referencia en el estudio comparado de los modelos de ejecución de la hipoteca es Irlanda. Siendo el único Estado miembro de la familia del Derecho anglosajón o *Common law* que forma parte de la Unión Europea (tras la salida de la Unión Europea de Reino Unido el pasado 31 de enero de 2020) su estudio se convierte en obligado.

Frente a los Estados analizados anteriormente, todos orientados a la familia del Derecho continental europeo con notariado latino, la estructura de la ejecución de la hipoteca en Irlanda pasa a adquirir diferentes matices que lo alejarán de los paralelismos que se pueden sintetizar en el presente estudio hasta este punto. Es por ello por lo que el esquema planteado hasta ahora tendrá diferentes enfoques en función de las dinámicas procedimentales⁷⁰¹.

Por todo ello es preciso hacer un estudio de las principales fuentes. Gran parte de la regulación en materia hipotecaria se contiene en la Ley de reforma de la legislación

⁷⁰¹ Esta es una circunstancia de particular importancia, pues como ha puesto de relieve la doctrina anglosajona (en particular con los ordenamientos de Inglaterra y Gales, si bien a fecha del presente trabajo Reino Unido ha salido de la Unión Europea), a juicio del intérprete podrían presentarse determinados problemas con instituciones propias del Derecho anglosajón, como el *trust*, a la hora de ejecutarse de forma transfronteriza, o asimilar una hipoteca como la propuesta por el grupo de la Eurohipoteca antes descrito. Vid. WATT, G., «The Eurohypothech and the English Mortgage», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 1, 2006, pp. 192-193.

sobre tierras y transmisión de bienes inmuebles de 21 de julio de 2009 (*Land And Conveyancing Law Reform Act* o LCLRA) nº 27. Esta Ley entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. De este modo existe una importante especificación en lo que respecta a la aplicación en el tiempo, pues para las hipotecas constituidas con anterioridad a esta norma se aplican las disposiciones contenidas en la norma en vigor anterior, la *Land Law Act* de 1881. Por esto, a la hora de referirnos a las instituciones haremos alusión tanto al régimen anterior a 1 de diciembre de 2009 (al que resultaría aplicable la Ley de 1881 en relación a sus normas de ejecución) como al régimen posterior a 2009 (al que resultaría de aplicación la vigente LCLRA).

Otro texto de especial relevancia para entender la idiosincrasia de la ejecución de la hipoteca en Irlanda, ya enunciado anteriormente, es el Código de Conducta⁷⁰² sobre los Atrasos Hipotecarios del Banco Central de Irlanda (*Code of Conduct on Mortgage Arrears* o CCMA), en vigor desde el 1 de julio de 2013. En respuesta a la crisis económica y su efecto en los atrasos en el pago de las hipotecas, el Gobierno introdujo sucesivos códigos de conducta sobre los atrasos en el pago de las hipotecas. Tales códigos establecieron un marco en el que los prestamistas debían tratar con los prestatarios en mora. El código actual parte de la idea, en su introducción, de que cada caso es único y debe considerarse en base sus propios méritos, y que cada caso de mora debe ser tratado de manera comprensiva y positiva por el prestamista siempre con miras a ayudar al prestatario moroso a cumplir sus obligaciones hipotecarias.

Tal y como se establece en su ámbito de aplicación, el CCMA se aplica a los préstamos hipotecarios garantizados sobre la residencia principal (definida en el texto como la propiedad residencial que el prestatario ocupa como su residencia principal en Irlanda, o un inmueble residencial que es el único en Irlanda que pertenece al prestatario) y que está en mora, o pre-mora (definida en el texto como la situación en la que el prestamista establece que el prestatario está en peligro de entrar en mora, o cuando el prestatario se pone en contacto con el prestamista para informarle de dicho peligro).

Quizás el elemento más caracterizador del sistema jurídico irlandés es la ausencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria propiamente dicho, que se encuentra incluso abolido en sede legislativa. La secc. 96-2 de la LCLRA, en el capítulo relativo a los procedimientos de ejecución hipotecaria establece que el derecho de ejecución hipotecaria “queda abolido” en Irlanda (*A mortgagee’s right of foreclosure is abolished*).

⁷⁰² Los códigos de prácticas se emiten de conformidad con el artículo 117 de la Ley del Banco Central de 1989 (*Central Bank Act 1989*). El Banco Central puede dar instrucciones a las instituciones financieras; en primer lugar, solicitando información para cerciorarse del cumplimiento del código y, en segundo lugar, estableciendo las prácticas que el Banco Central considere necesarias para garantizar el cumplimiento del código. El incumplimiento de las instrucciones constituye infracción, sujeta a multa, pero el monto de las penas máximas es relativamente menor. También pueden imponerse sanciones por la contravención del código en virtud del artículo IIC de la Ley del Banco Central de 1942 (*Central Bank Act 1942*), que otorga a la autoridad reguladora facultades para realizar investigaciones sobre los proveedores de servicios financieros. Se prevé una serie de sanciones por incumplimiento, que van desde la amonestación o la reprimenda hasta multas de hasta 5 millones de euros.

El cauce jurídico (*remedy*) de la ejecución hipotecaria se ha entendido como impeditivo de facultades (lo que traducimos de *equities*) como la de redención del patrimonio del deudor hipotecario y, a juicio del legislador irlandés, podría provocar que la transmisión de la propiedad al acreedor hipotecario sea absoluta. Según la opinión de la doctrina irlandesa la posible injusticia de conceder este cauce jurídico es clara cuando se considera una situación en la que el valor de la propiedad hipotecada puede ser mucho mayor que el monto de la deuda hipotecaria. En cualquier caso la ejecución de una hipoteca (*foreclosure*) no ha tenido tradición jurídica en Irlanda, pero en teoría era un cauce jurídico que los tribunales irlandeses tenían jurisdicción para invocar hasta su abolición definitiva⁷⁰³.

Aun habiéndose abolido la ejecución hipotecaria (al menos en apariencia) hay dos órdenes judiciales a través de los cuales el acreedor podría ejecutar o vender la hipoteca, derivadas de dos derechos del acreedor hipotecario: el poder del acreedor hipotecario para proceder a la venta del bien inmueble (*Mortgagee's Power of Sale*) y el derecho a la posesión (*Mortgagee's Right to Possession*).

El Derecho irlandés permite la posibilidad de enajenar el bien fuera de los cauces judiciales. En virtud de la secc. 97-1 de la LCLRA, un acreedor hipotecario no podrá tomar posesión de la propiedad hipotecada sin una orden judicial concedida en virtud de dicha Ley, a menos que el deudor hipotecario consienta por escrito a dicha toma no antes de siete días antes de dicha toma. Igualmente, la sección 100-2 de la LCLRA establece que el poder de venta del acreedor no podrá ser ejercido sin una orden judicial otorgada bajo las observancias legales a menos que el deudor hipotecario consienta por escrito a tal ejercicio no más de siete días antes de tal ejercicio. Estos preceptos permitirían, a pesar de la manifiesta dificultad y las tensiones derivadas del impago, la posibilidad de que acreedor y deudor hipotecario conviniesen la forma de realizar el inmueble. De no mediar este consentimiento escrito del deudor hipotecario el acreedor se vería obligado a iniciar una demanda hipotecaria (*Mortgage Suit*) en pos de obtener las correspondientes órdenes de venta (*Order for Sale*) y de puesta en posesión (*repossession*). De igual forma y como se analizará más abajo, habiéndose obtenido un orden de venta y bajo determinadas circunstancias legales el tribunal correspondiente puede autorizar que el bien se venda de

⁷⁰³ MADDOX, N., *Mortgages: Law and Practice*, 2, Dublin, Thomson Reuters Ireland, 2017, p. 171. Como señala el autor, los tribunales irlandeses no permitieron el recurso a la ejecución hipotecaria, pero se ha señalado en la jurisprudencia que podía ser ordenarla en circunstancias excepcionales. En la sentencia de la Corte Suprema irlandesa *Bruce v. Brophy* ([1906] 1 I.R. 611), los demandantes hipotecarios solicitaron una orden de ejecución hipotecaria y no de posesión y venta. Al rechazar la solicitud, el juez Walker L.C. observó que “*la ejecución hipotecaria es el derecho del acreedor hipotecario en los casos ordinarios... de entrar en posesión de la propiedad hipotecada bajo su escritura. Los demandantes no han hecho eso. Han acudido a un Tribunal de Equidad (Court of equity) para realizar su cargo, y han acudido a un Tribunal con una práctica bien asentada durante siglos de decretar una venta, y no una ejecución hipotecaria en el sentido que ahora se pide. No digo que, en circunstancias especiales, y cuando se hace un caso especial para la ejecución de una hipoteca, el Tribunal no tiene poder para conceder un decreto de ejecución de una hipoteca, y no una venta... en este caso no se ha demostrado ninguna circunstancia de conveniencia que nos lleve a apartarnos de la práctica establecida*”. En la jurisprudencia anterior a la prohibición no se explica con más detalle qué “circunstancias especiales” constituían una justificación para que el tribunal concediera la orden.

forma extrajudicial o con el mecanismo que a su parecer le resulte más apropiado para obtener el máximo valor del bien.

En Derecho irlandés la hipoteca legal sería un título válido para que el acreedor hipotecario pueda, en su caso, pueda pedir que se proceda a la venta del bien inmueble. En Irlanda el derecho contemplaría dos tipos de hipotecas: la registrada y la no registrada. La registrada se constituiría de conformidad a la sección 62-1 de la Ley de Registro de Títulos (*Registration of Title Act*) de 1964, en virtud de la cual un propietario registrado de bienes inmuebles puede gravar la tierra con el pago de dinero, con o sin intereses, e inscribir al propietario de la carga como tal. Dicha carga podría crearse mediante escritura (*deed*) o testamento. Dentro de las hipotecas no registradas, habría a su vez dos figuras jurídicas: la hipoteca legal y la de equidad. Esta diferenciación adquiriría gran importancia a la hora de establecer la prioridad entre las hipotecas, sobre todo en relación a las “hipotecas *puisne*” o inferiores (gravadas sobre terreno no registrado o segundas hipotecas, de rango diferenciado)⁷⁰⁴.

De conformidad a la sección 89-1 del LCLRA, una hipoteca legal de un terreno sólo puede crearse mediante un gravamen por escritura, y tal gravamen se refiere a la hipoteca, debiendo entenderlo en consecuencia el deudor hipotecario (*mortgagor*) y acreedor hipotecario (*mortgagee*), lo que se extendería a las hipotecas de terreno no registrado.

Más interés entrañarían las llamadas hipotecas de equidad⁷⁰⁵ o *equitable mortgages*, para cuya constitución no afectarían los criterios de la LCLRA según su sec. 89-6⁷⁰⁶. Cabría la posibilidad de que en las hipotecas de equidad se adoleciese de algún

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁰⁵ En Derecho anglosajón la equidad o *equity* surgió como una parte específica del Derecho y jurisdicción, administrada el *Lord Chancellor* y más tarde por el *Court of Chancery* (hoy división del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales con gran relevancia en el área de Derecho mercantil) en la que a diferencia de justicia la administrada por los tribunales del derecho común (*Common law*) con el que las partes podían pedir que se hiciese justicia en cada caso, importando más el resultado justo que los principios rígidos del derecho. Hoy en día las principales esferas de la jurisdicción equitativa incluyen ahora los fideicomisos (*trust*), los intereses equitativos sobre los bienes, el alivio contra el decomiso y las sanciones y los recursos equitativos. Vid. LAW, J., «Equity», *A Dictionary of Law*, edición online.

⁷⁰⁶ Las hipotecas de equidad se pueden crear de muchas formas. La primera, si el deudor hipotecario tiene un interés equitativo sobre la propiedad o hay constituidos otros derechos sobre el terreno (como un fideicomiso o *trust*), caso para el cual, si bien el otorgamiento de escrituras no es absolutamente necesario para la validez del negocio, sí sería deseable para que el acreedor hipotecario puede entonces beneficiarse del poder estatutario de venta. La segunda sería mediante el contrato de una hipoteca legal otorgando un interés equitativo en la propiedad a la parte que tiene derecho al cumplimiento específico del contrato, es decir, a la parte que puede obligar al titular del patrimonio jurídico a transmitirlo o cederlo de conformidad con los términos del contrato. La tercera mediante un depósito equitativo de títulos de propiedad. En derecho irlandés anglosajón cuando el título de propiedad no está registrado, es una práctica común que un acreedor hipotecario tome los títulos de propiedad de la propiedad bajo su custodia (circunstancia posibilitada por la sec. 90 2 y 3 de la LCLRA. El deudor hipotecario que posteriormente intente crear una nueva hipoteca sobre la propiedad se verá obstaculizado, ya que no podrá presentar las escrituras. Cualquier posible acreedor hipotecario subsiguiente normalmente descubrirá la hipoteca anterior por la ausencia de las escrituras. Para un acreedor hipotecario equitativo, la posesión de las escrituras de propiedad normalmente impide cualquier transmisión de la propiedad legal sin notificación al comprador de la hipoteca equitativa. Las escrituras de propiedad incluyen todos los documentos que “aseguran o tratan con la tierra o los intereses legales sobre ella” (es decir, todos los documentos que prueban el título del deudor

requisito legal, tal como que no se formalice mediante escritura pública (requisito para las hipotecas legales) o que no se inscriba en el Registro de la Propiedad (*Property Registration*)⁷⁰⁷. En cualquier caso, la sección 90-1 a y b establecen que el deudor hipotecario tiene las mismas facultades y derechos en derecho y en equidad, e igualmente el acreedor hipotecario tiene las mismas obligaciones, poderes y derechos, pero siempre que se trata de una hipoteca constituida conforme a los parámetros de tal capítulo, incluyéndose la propia sección 89. Y como se ha visto, la exigencia pasaría por la constitución de escritura pública o *deed*.

De este modo para que el acreedor hipotecario pueda ejercer los poderes de venta y puesta en posesión deberá tratarse de una hipoteca constituida en escritura pública o *deed*, con independencia del rango o prioridad que tenga por tratarse de una hipoteca *puisne* o de equidad. Para ello la sección 90 2 y 3 posibilitarían al acreedor a poseer y custodiar los títulos de propiedad, que como se ha visto en anterior nota a pie de página impedirán al deudor tanto la constitución de posteriores hipotecas como cualquier transmisión de la propiedad legal sin notificación.

Respecto a la competencia del órgano jurisdiccional para conocer del *mortgage suit*, se ha experimentado una evolución. En la legislación irlandesa son dos los tribunales que podrían conocer de las órdenes de venta y puesta en posesión: la Corte Superior (*High Court*) y la Corte de Circuito (*Circuit Court*). En virtud del art. 34.3.1 de la Constitución, las Cortes Superiores gozan de plena jurisdicción en primera instancia en materia civil y penal. Por su parte el art. 34.3.4 de la misma Constitución establece que los Tribunales de Primera Instancia deben incluir también los Tribunales de jurisdicción local y limitada con derecho de apelación según lo dispuesto por la ley. La Corte de Circuito sería uno de esos tribunales y no gozaría de ninguna jurisdicción inherente, ya que el alcance de su jurisdicción debe estar prescrito por la ley. La jurisdicción de la Corte de Circuito se establece principalmente en la Ley de Tribunales (Disposiciones Complementarias) de 1961 (*Courts (Supplemental Provisions) Act 1961*). En asuntos relacionados con los bienes inmuebles, las partes podrían consentir en conceder al tribunal jurisdicción en el caso que se le presenta, y en defecto de pacto la jurisdicción se fija por referencia a la valoración del bien. Hasta las reformas que se van a citar la Corte de Circuito tenía jurisdicción para tratar asuntos relacionados con los inmuebles cuando la tasación o valoración del inmueble no excedía de 253,95 euros⁷⁰⁸.

hipotecario, y la definición se extiende a los documentos que normalmente no se consideran escrituras, como el consentimiento de un representante personal). La cuarta forma sería mediante la creación de un cargo equitativo sobre la propiedad, en tanto que las partes pueden dejar clara su intención de crear esa carga, no siendo necesaria ninguna forma particular de palabras. Por ejemplo, si un prestatario firma un acuerdo escrito en el que se establece que cobra su tierra con el pago de dinero al prestamista, se crea una carga equitativa. Vid. MADDOX, N., *Mortgages: Law and Practice*, cit., pp. 23-30.

⁷⁰⁷ LAW, J., «Equitable mortgage», *A Dictionary of Law*, edición online.

⁷⁰⁸ Por ser la conversión a euros de 200 libras irlandesas contenido en el Anexo 3º de la Ley de Tribunales de 1961, como se razona en los puntos 26 y 27 de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Irlanda de 28 de julio de 2016, *Permanent TSB v Langan* [2016] IECA 229. Para burlar esta interpretación jurisprudencial la Ley de Tribunales de 2016 (*Courts Act 2016*) insertó un nuevo artículo 53A en la Ley de responsabilidad civil y tribunales de 2004 (*Civil Liability and Courts Act 2004*, que reformó la Ley de 1961) estableciéndose

Para la generalidad de demandas de órdenes de venta y puesta en posesión conocería la Corte Superior, por exclusión negativa en relación a los preceptos constitucionales citados siendo el límite con las Cortes de Circuito. Además, la Orden 3 (9, 9A y 15) del Reglamento de las Cortes Superiores de 1986 (*Rules of the Superior Courts 1986*) establece que la variedad de pretensiones relacionadas con la propiedad hipotecada, incluyendo la posesión y la venta, pueden ser iniciados por medio de una citación especial (*special summons*) ante la Corte Superior.

Cabría señalar una especificación en materia de la vivienda habitual. La sección 101-5 de la LCLRA de 2009 introdujo que “cuando una solicitud en virtud del párrafo 2 del artículo 97 (orden de puesta en posesión) o del párrafo 3 del artículo 100 (orden de venta) se refiera a un inmueble que esté sujeto a una hipoteca de préstamo para vivienda (*housing loan mortgage*), la Corte de Circuito tendrá jurisdicción exclusiva para tramitar la solicitud y ésta no se presentará ante la Corte Superior”. Las Cortes de Circuito, como tribunales intermedios, tendrían competencia para conocer de estos procedimientos.

Para entender qué considera la legislación irlandesa como hipoteca de préstamo para vivienda es preciso remitirse a la sección 3 de la LCLRA de 2009 donde se define el préstamo de vivienda indicándose que “tiene el significado que se le da en el artículo 2 1) de la Ley de crédito al consumo de 1995, sustituido por el artículo 33 y la parte 12 del anexo 3 de la Ley del Banco Central y la Autoridad de Servicios Financieros de Irlanda de 2004 (*Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004*)”, y por hipoteca de préstamo de vivienda se entendería una hipoteca para garantizar dicho préstamo sobre la vivienda. La Ley de 2004 determinó en su anexo 3 que un préstamo de vivienda es un acuerdo para la concesión de un crédito, o un crédito de refinanciación, a una persona en garantía de una hipoteca de una finca de propiedad absoluta o de arrendamiento o de un interés sobre un terreno con el fin de permitir a la persona o a una persona a cargo comprar, construir o mejorar una casa en el terreno como residencia principal de esa persona o de las personas a cargo de esa persona, en virtud de una hipoteca o cuando la persona tiene la condición de consumidor.

En el año 2013 estas normas en materia de competencia judicial se matizaron. La jurisdicción exclusiva de la Corte de Circuito en materia de embargos de propiedades residenciales se amplió nuevamente en virtud de la sección 3-2 de la Ley de reforma de la legislación sobre tierras y tierras y transmisión de bienes inmuebles de 2013. En virtud de dicho precepto, cuando un acreedor hipotecario solicita la orden de puesta en posesión de un inmueble que constituya una residencia, los procedimientos deben llevarse a cabo en la zona del Tribunal de Circuito donde se encuentre el terreno objeto del procedimiento. Cuando se hayan iniciado otros procedimientos en relación con los derechos del acreedor hipotecario en virtud de la hipoteca en la Corte Superior antes de la entrada en vigor de la Ley de 2013, y todavía no se hayan resuelto, la Ley de 2013 no

que a efectos de determinación de la competencia judicial o de conferir o limitar la competencia a la Corte de Circuito o a la Corte Superior, y se presumiría en el procedimiento que se siga, hasta que se demuestre lo contrario, que el valor de mercado del inmueble no excede de la cantidad anterior (de 200 libras, establecido en el art. 53).

impide entonces que se pueda iniciar una acción de posesión en el Tribunal Superior. Esta ley adopta una definición ligeramente diferente de la de préstamo de vivienda, en base al cual la propiedad debe ser la residencia privada principal del deudor hipotecario o la residencia privada principal de su cónyuge o pareja civil.

Por todo lo anterior en el sistema irlandés de la ejecución hipotecaria conocerían dos tribunales: por un lado, la Corte Superior para la generalidad de demandas de ejecución de hipoteca/orden de venta y puesta en posesión; y si la demanda tiene por objeto la realización de una hipoteca sobre vivienda habitual, la Corte de Circuito correspondiente del lugar en el que estuviese sito el inmueble.

Respecto a los motivos de incumplimiento del deudor para vencer el crédito de forma anticipada y reclamar la totalidad de la deuda, se vuelve a encontrar un doble régimen jurídico. Con carácter general, la sección 100-1 de la LCLRA establece la llamada cláusula de aceleración o *acceleration clause* para que un acreedor hipotecario o cualquier otra persona que tenga derecho a recibir la deuda hipotecaria puede vender la propiedad hipotecada siempre y cuando se den varias posibilidades. La primera, que después de la notificación al deudor hipotecario por la que se exige el pago de la deuda hipotecaria, se produzca un incumplimiento en el pago de esa deuda, o de parte de ella, durante 3 meses después de dicha notificación. Otra posibilidad sería que algún interés derivado de la deuda (o en el caso de una deuda hipotecaria pagadera a plazos, alguna cuota que represente interés o parte de un interés y parte de un capital) está en mora y no se ha pagado durante dos meses después de su vencimiento. O la tercera, que haya un incumplimiento por parte del deudor hipotecario, o de alguna persona concurrente en la hipoteca de alguna otra disposición contenida en la hipoteca o de alguna disposición legal y que no sea en sentido estricto el convenio para el pago de la deuda o los intereses de la hipoteca. En cualquiera de estos tres supuestos se exige que se haya notificado al deudor hipotecario con 28 días de antelación, la posibilidad de dicha venta. Pasados estos días el acreedor hipotecario podrá solicitar al tribunal correspondiente una orden que autorice el ejercicio de la facultad de venta del inmueble hipotecado.

No obstante, siendo este el régimen general previsto, el CCMA del Banco Central de Irlanda establece unas directrices específicas para el caso en el que el bien hipotecado fuese la residencia primaria del deudor hipotecado. En tales casos la entidad bancaria correspondiente tendría que iniciar el proceso de resolución de atrasos hipotecarios contenido en dicho código o *Mortgage Arrears Resolution Process* (MARP). Este procedimiento estaría compuesto por cuatro etapas. La primera es de comunicación con el prestatario, cuando se produzca el primer impago, en el que debe informarle sobre el estado del préstamo y el riesgo de pérdida de la vivienda. El segundo sería el de información financiera (*financial information*) en el que el prestamista debe obtener información financiera del prestatario en mora para poder evaluar su situación y hacerla constar en un formulario estándar, en aspectos como las circunstancias personales, el endeudamiento general, la capacidad de reembolso actual y previsible, así como el historial de pagos. El tercer paso sería el de evaluación, en el que la Unidad de Apoyo a los Atrasos de la entidad evaluaría el expediente teniendo en cuenta las circunstancias del

deudor antes señaladas, pudiendo en esta fase llegarse a un acuerdo de pago alternativo temporal (p. 38 del CCMA). Y la última fase sería la de resolución, en la que el prestamista exploraría todas las opciones para arreglos de pago alternativo, en la que la entidad financiera podría asumir opciones alternativas a la ejecución judicial, tales como pagar sólo intereses o una parte de capital e intereses durante una parte del préstamo, reducir la tasa de interés, aplazar el pago de las cuotas, cambiar de tipo de hipoteca, etc. (p. 39 del CCMA). De no llegarse a un acuerdo entre acreedor y deudor hipotecario el primero tendría que comunicar la finalización del proceso de resolución para acudir a la vía judicial.

Como se ha visto en anteriores notas a pie de página, el CCMA diferencia al prestatario no cooperador o cooperador. El no cooperador (p. 28 CCMA) es aquel que, entre otras circunstancias, no aporta información relevante al prestamista sobre su situación financiera, tiene saldos de atraso en su préstamo y tras 20 días desde el primer requerimiento del acreedor no trata de iniciar el MARP. En tal caso podrá recurrirse a la vía judicial cuando se hayan producido tres impagos de la hipoteca en su totalidad (p. 27 a), siendo la ejecución más inmediata al renunciarse al procedimiento previo. Si el deudor fuese cooperador y accediese al MARP, habría que quedar a las resultas del mismo. Si el deudor decide cooperar e iniciar un MARP, en tal caso el procedimiento podría extenderse hasta un máximo de ocho meses (p. 45-d CCMA). Si el prestamista no ofrece una propuesta de pago alternativo o el deudor no la acepta, el prestamista deberá remitir una carta en la que se indicará al deudor que el periodo del p. 45-d del CCMA ha expirado (p. 56 CCMA). El proceso de ejecución judicial podrá iniciarse en la fecha que sea posterior teniendo como referencia o bien tres meses a partir de la fecha de emisión de la carta resolutoria del expediente u ocho meses a partir de la fecha en que se produjeron los atrasos (p. 47-1d CCMA).

Finalizado el MARP igualmente cabría también la posibilidad de que el deudor formule recurso (*appeal*) ante la Junta de Apelaciones del prestamista (*Appeals Board*, compuesta por tres miembros del personal *senior* del prestamista que no hayan estado involucrados en el procedimiento) bajo tres motivos: cuando un prestamista ofrece un acuerdo de reembolso alternativo y el prestatario no está dispuesto a concertarlo; cuando un prestamista se niega a ofrecer un acuerdo de reembolso alternativo a un prestatario; y cuando un prestamista clasifica a un prestatario como no cooperante (p. 49 CCMA). La apelación puede formularse 20 días después de recibir la contestación de su expediente y este debe resolverse en 40 días desde la resolución del recurso (p. 50 CCMA). Esta apelación se tramitaría en los tres meses posteriores a la posibilidad de recurrir a la ejecución judicial.

Durante el proceso previo a la vía judicial descrito el deudor hipotecario tendría derecho a un Profesional de la insolvencia personal (*Personal Insolvency Practitioner*, p. 29-e CCMA) que le asesoraría a lo largo del proceso.

Por ello, si el inmueble hipotecado es la vivienda habitual del deudor y coopera con la entidad bancaria en el procedimiento previo a la vía judicial MARP, el inmueble

podrá ejecutarse no en el plazo general del art. 100-1 LCLRA, sino pasados tres meses una vez se resuelva el procedimiento MARP, para cuya tramitación se prevé un total de ocho meses⁷⁰⁹.

Respecto a los medios de defensa del deudor, bajo Derecho irlandés se contaría con diversas posibilidades. Uno de ellos es el llamado “derecho de redención” o de rescate o enervación (*right of redemption*): el deudor hipotecario sigue disfrutando de un derecho a la redención o liberación de la propiedad hipotecada, que puede ejercerse devolviendo el capital además de los intereses que se adeudan. Como declara la jurisprudencia irlandesa, en interpretación de la equidad, cualquier cláusula que haga una hipoteca irredimible es inválida, ya que es contraria a la naturaleza misma de la hipoteca⁷¹⁰. El derecho a redimir es ejercitable por el deudor hipotecario y cualquier otra persona que tenga un interés en el capital de la redención, tal y como su familia y sucesores e incluso el arrendatario del terreno⁷¹¹.

En el derecho de redención el acreedor y deudor hipotecario pueden ponerse de acuerdo, pero de no mediar acuerdo el deudor tendrá derecho de comparecer en el tribunal en el que se esté tramitando la ejecución para ejercer su derecho. El deudor hipotecario tiene un derecho absoluto a rescatar en la fecha legal de la redención, y no está obligado a dar aviso de la intención de rescatar en esa fecha. El derecho después de esa fecha estaría basado en la equidad, y en base a la misma habría una regla estricta en base a la cual el deudor hipotecario debe dar seis meses de aviso de su intención de redimir, o alternativamente, pagar seis meses de interés en lugar de dar tal aviso. La regla se basa en el hecho de que después de que la fecha legal de rescate haya pasado, el deudor hipotecario pierde su patrimonio legal, y, teniendo sólo un derecho de equidad, debe hacer equidad permitiendo al acreedor hipotecario una oportunidad razonable de encontrar una nueva garantía para su dinero⁷¹².

Por otra parte, la Orden 54 r.3 del Reglamento de las Cortes Superiores de 1986 establece, entre otras cosas, que cualquier persona que tenga derecho a rescatar una hipoteca puede solicitarla en el Tribunal en el que se esté tramitando la citación especial una orden de venta. El artículo 94 de la LCLRA de 2009 indica que en una acción de un deudor hipotecario para el rescate, la venta o el aumento y el pago de la deuda hipotecaria, el tribunal que esté conociendo la orden de venta tiene la facultad discrecional de ordenar, entre otras cosas: a) la concesión de un plazo para el rescate o el pago de la deuda

⁷⁰⁹ No obstante, la Corte Suprema de Irlanda ha dictaminado en su Sentencia del *caso Irish Life and Permanent plc v Dunne* [2015] IESC 46 de 15/05/2015 en su conclusión 7-2 que la infracción de las condiciones del CCMA por una entidad prestamista en lo que respecta a la moratoria y plazos en ningún modo afectaría al derecho del prestamista a obtener una orden de puesta en posesión, salvo determinadas circunstancias, y en todo caso la prueba del cumplimiento al Código atañería a la entidad prestamista ejecutante. Ante el incumplimiento del Código al consumidor agraviado sólo le quedaría presentar una queja al regulador financiero en virtud de la Ley del Banco Central de 1989 (*Central Bank Act 1989*), y las consecuencias jurídicas sólo serían multas e indemnizaciones a las entidades bancarias incumplidoras.

⁷¹⁰MADDOX, N., *Mortgages: Law and Practice*, cit., p. 52.

⁷¹¹ Sentencia *Tarn v Turner* de la Chancery Division de la High Court de Inglaterra (1888) 39 Ch. D. 456.

⁷¹² Sentencia *Cromwell Property Investment Co v Western and Toovey* de la Chancery Division de la High Court de Inglaterra (1934) Ch. 322.

hipotecaria, b) exigir la presentación ante el tribunal de una suma para sufragar los gastos de una venta y garantizar el cumplimiento de sus condiciones, c) dar instrucciones en cuanto a los gastos y exigir que se dé una garantía para los gastos (entre otras posibilidades). La discreción otorgada al tribunal de la ejecución es amplia y puede ser utilizada sin el consentimiento de las otras partes presentes en el proceso (incluido el acreedor)⁷¹³. Este proceso de redención o enervación estaría previsto hasta la transmisión del bien inmueble.

De este modo y como señala la doctrina la ejecución de la hipoteca estaría dividida en dos “decretos”: por un lado un decreto *nisi*⁷¹⁴ y un decreto absoluto. El primero de ellos dirige las cuentas y las investigaciones que deben realizarse para determinar el monto de la deuda hipotecaria y cualquier otro gravamen que pueda gravar el bien inmueble. Este decreto se haría absoluto a menos que el deudor hipotecario ejerza el derecho de redención de la deuda dentro de un plazo fijado por el tribunal. El segundo ejecuta o extingue el derecho de redención. El acreedor hipotecario entonces toma la propiedad libre de todas las hipotecas subsecuentes a la suya.

Respecto a otros mecanismos de defensa, la LCLRA de 2009 ha reforzado la protección procesal de las hipotecas de préstamos para la vivienda. En primer lugar, limitando la cláusula de aceleración o de vencimiento anticipado cuyo efecto sería hacer que la suma total adeudada después de que el prestatario incumpla un pago de hipoteca (y luego hacer que las facultades del acreedor hipotecario sean inmediatamente ejercitables) no sería efectiva dado que la Parte 10ª de la LCLRA 2009 relativa a las hipotecas no permitiría contratar al margen sus disposiciones. Además, la sección 101 de la LCLRA de 2009 permite que el tribunal suspenda la ejecución (101 b i) o aplaze las actuaciones (101 a) si el Tribunal considera que el consumidor puede liquidar los atrasos en un plazo razonable. Por lo tanto, según la doctrina el efecto combinado de estas disposiciones implicaría que debe haber un incumplimiento en curso durante un período de tiempo considerable (a lo que se sumarían las disposiciones de la CCMA) para que el deudor hipotecario no pueda rectificar, a pesar de que se le ofrezcan oportunidades para hacerlo⁷¹⁵.

En este escenario habría un problema en lo que respecta a las alegaciones del deudor hipotecario. El procedimiento a través del que se tramitaría la obtención de la orden de venta y puesta en posesión tanto en la Corte Superior como en las Cortes de Circuito tendría carácter sumario o limitado. Así lo establecería la Orden 2 de las Reglas de los Tribunales Superiores aplicables a la Corte Suprema en el llamado procedimiento de citación sumaria (*Summary Summons*), aplicable a la posesión de terreno (párrafo 2º de la Orden 2º). En la citación sumaria, en contraposición al proceso de citación plenaria

⁷¹³ MADDOX, N., *Mortgages: Law and Practice*, cit., pp. 70-71.

⁷¹⁴ En Derecho anglosajón un decreto *nisi* es una resolución jurisdiccional condicional (por ejemplo, en casos de divorcio, nulidad o presunción de muerte). Durante el período entre el decreto *nisi* y el decreto absoluto, es posible la intervención para evitar que el decreto se haga absoluto. Vid. LAW, J., «Decree nisi», *A Dictionary of Law*, edición online

⁷¹⁵ MADDOX, N., *Mortgages: Law and Practice*, cit., p. 76.

(*Plenary Summons*), el órgano jurisdiccional resolvería teniendo en cuenta solamente las declaraciones juradas de las partes del proceso (*affidavits*) y si considerase que el demandado no tiene una defensa válida o suficiente⁷¹⁶ resolvería directamente a favor del demandante, sin convocar una audiencia con alegaciones (*pleadings*) o recabar pruebas (*evidence*) como sí tendrían lugar el planteamiento de alegaciones y pruebas entre las partes del proceso.

Similar tónica se aplicaría al juicio sumario de las Cortes de Circuito, que se iniciaría mediante *civil bill* (equivalente en las Cortes de Circuito a la demanda hipotecaria o *mortgage suit*⁷¹⁷) en el que el secretario judicial o *County Registrar* tendría la posibilidad de pronunciarse si entiende que en la declaración jurada el deudor plantea defensa suficiente o sin contestación del deudor hipotecario, también conocida como *appearance* (art. 7 de las Reglas del Circuito para posesiones o *Circuit Court Rules. Actions For Possession and Well-charging Relief* de 2009). Si de la contestación del deudor se revelase una defensa en apariencia el Secretario dará traslado de la misma al Juez de la Corte de Circuito (art. 7-2 de las Reglas), que podrá pronunciarse *prima facie* o proponer alegaciones o pruebas de forma oral o escrita mediante declaración jurada o *affidavit* (reconduciéndose por los trámites del procedimiento plenario, en todas o parte de las alegaciones).

Y si bien no hay unos motivos tasados de oposición o limitativos de las alegaciones que el deudor hipotecario podría formular en su declaración jurada inicial o *appearance*, correría el riesgo de no poder desplegar la totalidad de alegaciones y pruebas en el momento procesal correspondiente (la audiencia plenaria) por la decisión *prima facie* del juez en la Corte Superior o la Corte de Circuito.

Dada la configuración procedimental irlandesa, y los riesgos de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea y de aplicación de la Directiva 93/13, la Corte Superior de Irlanda, en su caso *Allied Irish Bank PLC v Counihan & Anor* nº 752 de 21 de diciembre de 2016, asimilando al ordenamiento interno irlandés la jurisprudencia del caso Aziz del TJUE (C-415/11) estableció una serie de reglas para que la posible tramitación de la ejecución de la hipoteca en la modalidad del procedimiento sumaria y la facultad resolutoria del juez *prima facie* no supusiese ninguna incompatibilidad para no aplicar las cláusulas abusivas de conformidad a la Directiva 93/13 en los contratos de crédito inmobiliario.

En concreto en la Sentencia *Allied Irish Bank* se delimitaron tres criterios de aplicación para que los jueces acordaran seguir tramitando la ejecución por los trámites

⁷¹⁶ Es lo que en derecho anglosajón se denomina como *prima facie*: el juez resolvería en base a la primera apariencia, a la vista de las cosas y sin necesidad de dotarse de una mayor cognición. Vid. LAW, J., «Prima facie», *A Dictionary of Law*, edición online. Como clarifica NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 54-56, dada la rapidez procedimental a la que pretende orientarse el enjuiciamiento *prima facie*, atendiendo a una superficialidad (quedándose el juez en lo externo, fundado en primeras impresiones) lo que reduciría su margen de maniobra entendida como la capacidad de actuación (por ejemplo, en la restricción de medios de prueba).

⁷¹⁷ DOWLING, K.; MULLALLY, S. Y SAVAGE, B., *Civil Procedure in the District Court*, 2013, pp. 36 y ss.

del procedimiento sumario o plenario: i) el tribunal que se enfrente a un procedimiento con solicitud sumaria debe identificar de oficio si ve alguna condición del acuerdo de préstamo que pueda ser injusta a los efectos del Reglamento de 1995 de transposición de la Directiva 93/13 (*Consumer Credit Act, 1995*), y que si se demostrara que las cláusulas son abusivas y por lo tanto no son vinculantes, se entendería que el ejecutado hipotecario tendría una defensa válida o suficiente frente a la demanda sumaria presentada, ii) en la medida en que el tribunal identifique cualquier posible defensa suficiente que no haya sido objeto de argumentación en la demanda sumaria, deberá invitar a las partes a hacer cualquier otra presentación o alegaciones que tengan que hacer en relación con la misma, y iii) suponiendo que haya una o más de esas posibles excepciones discutibles y después de escuchar cualquier otra presentación o alegaciones, el tribunal considerará que esas posibles excepciones discutibles que ha planteado se dan, y por lo tanto el asunto deberá pasar a la audiencia plenaria, correspondiendo entonces al tribunal en la audiencia plenaria decidir, entre otras cosas, (I) si las cláusulas identificadas por el tribunal en la audiencia o citación sumaria u otras condiciones son injustas o abusivas, y (II) qué consecuencias, de haberlas, tiene tal conclusión en lo que respecta a la solicitud de cobro de deudas que solicita el acreedor hipotecario.

De esta forma la Corte Superior de Irlanda establece unos criterios más flexibles para que el tribunal correspondiente eleve a la audiencia plenaria la discusión del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato de préstamo hipotecario de cara a su ejecución, y no pueda despachar la ejecución *prima facie* con más facilidad.

Las resoluciones de la Corte de Circuito serían susceptibles de recurso ante la Corte Suprema (de conformidad a la Part IV de la Ley de Tribunales de Justicia de 1936 y la Orden 61 de las Reglas de las Cortes Superiores) y las resoluciones de la Corte Suprema serían susceptible de recurso ante la Corte de Apelación (Orden 86A de las Reglas de las Cortes Superiores), sin específicas limitaciones en materia de Derecho hipotecario.

En relación a los mecanismos para la realización del bien inmueble, el art. 102 A de LCLRA establece que, obtenida la orden de venta del bien hipotecado, el acreedor hipotecario tendrá derecho a vender el inmueble de forma junta o por lotes, y mediante subasta pública, licitación privada o contrato privado (*public auction, tender⁷¹⁸ or private contract*). Para el procedimiento de venta judicial será preciso recurrir a las normas procesales específicas reflejadas en cada tribunal.

En el caso de la Corte Superior, se aplicaría lo dispuesto en la Orden 51 de las Reglas de las Cortes Superiores de Irlanda de 1986. Ya dictada la orden de venta, el Tribunal tendrá la facultad, en pos de evitar gastos y demoras, de autorizar que se lleve a cabo presentando ofertas ante el Tribunal (*laying tenders*), o tratando de otro modo. También puede autorizar que el bien se realice de forma extrajudicial, pero siempre que

⁷¹⁸ Por *tender* cabría entenderse, y así se ha traducido, como una licitación privada, en la que se realiza una oferta de cumplimiento cuya aceptación requiere la concurrencia de múltiples partes, pero en todo caso diferenciado a la subasta pública. Vid. LAW, J., «Tender», *A Dictionary of Law*, online.

tenga las pruebas suficientes de que todas las personas interesadas en el bien inmueble estén ante el Tribunal o estén obligadas por la orden de venta (párrafo 3° de la Orden 51).

Antes de que se ponga en venta la finca se presentará, a menos que se ordene lo contrario, un resumen y un borrador de las condiciones de venta propuestas a un consejero (perito) designado por el Tribunal para que dé su opinión al respecto y para que dé instrucciones sobre las condiciones de venta y otros asuntos relacionados con la venta. En las condiciones de venta se fijará un plazo para la entrega del resumen del título de propiedad al comprador o a su abogado (párrafo 4° de la Orden 51). El bien inmueble se venderá al mejor precio que pueda obtenerse y siempre supeditándose a la aprobación del Tribunal (párrafo 5°).

En las declaraciones juradas que presenten los postores fijarán un precio en el que se indicará el valor de la propiedad mediante referencia a un documento que contenga una declaración de dicho valor y de los hechos y cifras en los que se basa, de modo que el valor no pueda ser revelado por la declaración jurada cuando se presente (párrafo 7°). Igualmente, en el caso de ventas bajo la dirección del Tribunal, los detalles de la venta serán firmados por el subastador designado por el Tribunal y el abogado de la parte que lleve a cabo la venta, y el resultado de la misma será certificado por éste. No será necesario presentar ninguna declaración jurada que verifique los detalles o el resultado de la venta (párrafo 8°).

De esta forma la Corte Suprema tendría discrecionalidad para determinar el modo de venta, incluso de forma extrajudicial, así como para establecer las condiciones de la subasta o licitación, garantizando la objetividad de la venta pública mediante el nombramiento de consejero.

Para las realizaciones ante las Cortes de Circuito, se aplicaría lo dispuesto en la Orden 43 de las Reglas de las Cortes de Circuito de 2001. La dinámica sería igualmente muy similar al previsto para la Corte Suprema: o bien mediante la presentación de propuestas ante el Tribunal, o bien de forma extrajudicial si todas las personas interesadas en el terreno están ante la Corte u obligadas por la orden de venta. En la orden de venta se designará una persona para que se responsabilice de la dirección de la orden (igual que el subastador en la Corte Suprema). Igualmente se prevé el nombramiento de un perito-consejero para que examine las condiciones de la venta, y el inmueble se transmitirá a la mejor oferta propuesta, aprobada por el Tribunal.

Realizada la venta, el recobro de las cantidades entre hipotecas estará sujeto a las normas sobre prioridad. Si concurren hipotecas registradas, se aplica lo dispuesto en la sección 74 de la Ley de Registro de Títulos de 1964 (*Registration of Title Act, 1964*). En virtud del mismo las cargas que se inscriban y afecten a la misma tierra, se clasificarán según el orden en que se inscriban en el registro y no según el orden en que se creen o surjan, y tendrán prioridad sobre cualquier otra carga que afecte a la tierra y que se cree o surja desde la primera inscripción de la tierra. De esta forma se establece el principio de *prior in tempore potior in iure*.

En Derecho irlandés el impacto de un procedimiento de insolvencia (*bankruptcy*) sobre los derechos de los acreedores hipotecarios es limitado y el titular de una hipoteca puede realizar el bien si así lo desea. A pesar de que en la declaración de la quiebra todos los bienes pertenecientes al deudor se transfieren al cesionario oficial, que los conserva en beneficio de los acreedores (como dispone la sección 44 de la *Bankruptcy Act 1988*), la sección 53 de la *Bankruptcy Act* dispone que el acreedor hipotecario de cualquier propiedad de un deudor concursado puede, con el permiso del tribunal, vender el inmueble. Si la garantía no es suficiente para liquidar el monto total adeudado, el acreedor tendrá que concurrir en la quiebra para alcanzar el residuo.

Por último, el procedimiento de puesta en posesión se canalizará a través de la facultad del acreedor hipotecario de tomar posesión del bien inmueble mediante una *order of repossession*. De conformidad al art. 97-1 de la LCLRA el acreedor hipotecario no tomará posesión del bien hipotecado sin una orden judicial concedida (iniciada por *Mortgage Suit* ante la Corte Superior o *Civil Bill* ante la Corte de Circuito) a menos que el deudor hipotecario consienta por escrito en dicha toma no más de 7 días antes de la misma. En el párrafo segundo se establece que el acreedor hipotecario podrá solicitar al tribunal una orden de posesión del bien hipotecado y en dicha solicitud el tribunal podrá, si lo considera oportuno, ordenar que se conceda la posesión al solicitante en los términos y condiciones, si los hubiere, que considere oportunos.

Igualmente y como dispone la sección 98 de la LCLRA, cuando un acreedor hipotecario tiene motivos razonables para creer que el deudor hipotecario ha abandonado la propiedad hipotecada o es necesario adoptar medidas urgentes para evitar el deterioro o los daños de los bienes o la entrada en ellos de intrusos u otras personas no autorizadas, el acreedor hipotecario puede solicitar al Corte de Distrito (si la pretensión se reduce a la puesta en posesión) o a cualquier otro tribunal que ya haya conocido de cualquier solicitud o procedimiento relacionado con el bien hipotecado (como podría ser la orden de venta ante la Corte Superior o la Corte de Circuito) una orden que autorice al acreedor hipotecario a tomar posesión del bien. Igualmente, el art. 99-1 establece que el acreedor hipotecario en posesión (o su representante) podrá tomar medidas para vender el bien hipotecado, por lo que la tramitación de la venta forzosa será diversa y anterior a la toma de posesión.

Como se reafirma en el párrafo 2º de la sección 98 de la LCLRA, el tribunal podrá dictar una orden que autorice al acreedor hipotecario a tomar posesión del inmueble en los términos y condiciones que el tribunal “considere oportuno”, a pesar de que el deudor hipotecario se oponga o no comparezca. En tales casos la orden debe incluir el período durante el cual el acreedor hipotecario puede conservar la posesión del bien hipotecado, las obras que puede realizar el acreedor hipotecario con el fin de proteger el bien hipotecado o prepararlo para la venta en ejercicio del poder de venta. Tales gastos y costos del acreedor hipotecario podrán añadirse a la deuda hipotecaria.

Es así que el sistema previsto en la legislación irlandesa de puesta en posesión del bien hipotecado perseguiría fundamentalmente dos objetivos: el propósito de ejecutar la garantía o proteger el bien hipotecado⁷¹⁹.

Como se ha visto anteriormente, en virtud de la sección 100-1, cuando el tribunal considere que es probable que el deudor hipotecario pueda, dentro de un plazo razonable, pagar cualquier atraso, estaría facultado para suspender la puesta en posesión. Esta disposición no se trata de un poder o facultad del deudor hipotecario, sino un poder del juez para tratar con flexibilidad los procedimientos de puesta en posesión y venta hipotecaria.

Obtenida la orden de puesta en posesión siguiendo la tramitación del proceso sumario antes señalado, sería dirigida por el secretario judicial o *County Registrar*. La actuación del secretario judicial se regularía en la Orden 5B de las Reglas de la Corte de Circuito y 10 de las Reglas del Circuito para posesiones de 2009. En síntesis el Juez de la Corte del Circuito o el Secretario pueden dar instrucciones especiales sobre la ejecución de la orden, o la notificación de la misma a terceras personas que no sean parte del proceso⁷²⁰.

⁷¹⁹ MADDUX, N., *Mortgages: Law and Practice*, cit., p. 100.

⁷²⁰ En Dublín y Cork los *sheriffs* tendrían una competencia especial para la puesta en posesión física de los bienes inmuebles en lugar de los *County Registrar*. Esto sería en razón a los *statutory instruments No. 303/1964 - Court Officers Act, 1945 (Section 12) (County Borough of Dublin) Order, 1964* y *No. 304/1964 - Court Officers Act, 1945 (Section 12) (County Borough of Cork) Order, 1964*. Los *sheriffs* se diferenciarían de los secretarios judiciales en que, mientras los primeros son públicos, los *sheriffs* en cambio serían trabajadores autónomos a los que se les paga por su trabajo a base de comisiones conocidas como ‘*poundage*’ y reguladas en la Orden de las Tasas de los Sheriffs (*Sheriff's Fees and Expenses Order*) de 2005. En ella se reflejaría, por ejemplo, que la tasa que debe pagarse en el momento de la presentación ante el *sheriff* de una orden de ejecución que ordene o autorice la ejecución de una orden de un tribunal poniendo a una persona en posesión de un terreno o local sería de 175 euros.

**CAPÍTULO CUARTO. UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*: EL PROYECTO DE EJECUCIÓN
EXTRAJUDICIAL ACELERADA DE GARANTÍAS REALES**

I. UN CAMBIO DE PERSPECTIVA: LA POLÍTICA EUROPEA SOBRE LOS PRÉSTAMOS DE DUDOSO COBRO

En el ocaso de la Gran Recesión iniciada en el año 2008, la política de la Comisión experimentó un cambio brusco en vistas a la regulación del siempre existente problema de la ejecución de la hipoteca, con el consustancial conflicto de intereses entre el acreedor ejecutante y el ejecutado (eventualmente consumidor).

Por ello, tras la tímida regulación de disposiciones en garantía del consumidor en los procesos de ejecución de préstamo garantizado con hipoteca en la Directiva 2014/17 ya analizada, la preocupación de la Comisión se focalizó en la tutela del acreedor hipotecario ante los llamados préstamos dudosos (o de dudoso cobro) conocidos en inglés como *non-performing loans (NPLs)*. Tal y como son definidos por la comisión, los préstamos dudosos serían aquellos que se sujetarían a un reembolso tardío o que es improbable que sean devueltos por el prestatario⁷²¹. Este criterio se complementaría con el establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/227 de la Comisión, de 9 de enero de 2015, en virtud del cual se entiende que los créditos son de dudoso cobro cuando los pagos están en situación de mora más de 90 días, o se considera improbable que el prestatario vaya a reembolsar el préstamo (p. 18).

La postura de la Comisión se basa en el hecho de que un alto nivel de mora puede constituir un factor limitativo del crecimiento económico los países de la Unión, reduciendo la rentabilidad de los bancos y la capacidad para conceder préstamos, en especial a las pequeñas y medianas empresas (pymes). Ello se vería acentuado por la existencia de la unión monetaria, en la que las economías de los Estados miembros se interrelacionan ~~rían~~ y la mora sería susceptible de acrecentar efectos indirectos. De este modo, el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea (ECOFIN) se pronunció en sus Conclusiones de 11 de julio de 2017 sobre el Plan de acción para hacer frente a los préstamos dudosos en Europa. En el mismo, los Ministros de Economía de los diferentes Estados miembros acordaron un plan de acción para hacer frente a la morosidad en Europa instando a las diversas instituciones de la Unión (incluida la Comisión sobre la que recaería fundamentalmente la iniciativa legislativa) a adoptar las medidas adecuadas para hacer frente a los desafíos que plantea la elevada tasa de morosidad en Europa.

⁷²¹ Visto en la página web oficial de la Comisión Europea el 27 de agosto de 2020 en https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-supervision-and-risk-management/managing-risks-banks-and-financial-institutions/non-performing-loans-npls_en .

Como justificación de la eventual adopción de medidas legislativas en la materia a nivel europeo, el ECOFIN argumentó que las tasas de morosidad de los Estados miembros podían plantear riesgos de repercusiones transfronterizas en la economía y el sistema financiero generales de la Unión Europea y alterar las percepciones del mercado sobre el sector bancario europeo en su conjunto, especialmente dentro de la Unión Bancaria (considerando 2º de las Conclusiones de 11 de julio). El propio ECOFIN es consciente de que la voluntad de la reducción de la mora hipotecaria en los Estados miembros se formula en un escenario positivo, marcado por el contexto de recuperación económica (considerando 4º), y con la intencionalidad de que los progresos adelantados por los Estados miembros y las instituciones comunitarias permitan evitar que la recesión económica vuelva a surgir. De este modo habría de erigirse como objetivo el asegurar la preservación de la estabilidad financiera en la zona euro y en la Unión en su conjunto, donde se ubicaría el tratamiento legal de los préstamos de dudoso cobro (considerando 5º). De hecho, se propone a la Comisión la adopción de medidas estructurales, como el fomento de la creación de empresas de gestión de activos, tanto privadas como públicas, en el marco de la Directiva 2014/59, de 15 de mayo de 2014, así como un estudio sobre los regímenes de insolvencia en toda la Unión, reconociendo el hecho de que “los sistemas jurídicos y los marcos de insolvencia difieren ampliamente entre los Estados miembros”.

De este modo la Comisión publicó el 11 de octubre de 2017 su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la culminación de la Unión Bancaria (COM(2017) 592 final)⁷²². En general se planteó esbozar un conjunto de medidas para reducir el nivel de morosidad en la Unión. En el texto, la Comisión asumió la necesidad de adoptar medidas para mejorar la protección de los acreedores garantizados, permitiéndoles métodos más eficientes de recuperación del valor de los préstamos garantizados. Y si bien se proyectó la elaboración de una directiva sobre la insolvencia, la reestructuración⁷²³ y la segunda oportunidad de las empresas⁷²⁴, la Comisión comunicó la realización de una evaluación comparativa de los regímenes de ejecución de préstamos

⁷²² Como advierte la doctrina, tras la crisis financiera de 2008 se produce una intensidad en la integración de la Unión Bancaria, siendo uno de los principales problemas detectados la resistencia de algunos supervisores nacionales por los vínculos con las respectivas clases políticas nacionales, vid. OLESTI RAYO, A., «El proceso de integración europeo y el futuro de la Unión Económica y Monetaria», *Anuario español de derecho internacional*, vol. 34, 2018, p. 890. Por otra parte, como advierte GUTIÉRREZ ALONSO, J. J., «Sobre los bancos centrales y su papel en situaciones de crisis financiera», en *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, 2014, p. 607, mientras los bancos centrales sean soberanos en la política de tipos de interés y no se vean sometidos a exigencias de naturaleza política, podrán tener margen de actuación suficiente para contener o rechazar colapsos o empeoramientos de la economía. Una dificultad emanada del poder político, como advierte el autor, agravará y dificultará sensiblemente los problemas en tal sentido.

⁷²³ Lo que se ha materializado en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deuda.

⁷²⁴ Conocida como “fresh start”, se erige como mecanismo que exonera del pasivo insatisfecho a un deudor persona física en escenario de concurso, vid. TOMÁS TOMÁS, S., «El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 4, 2016, edición online.

para asumir una imagen fiable de los retrasos y la recuperación de los créditos por las entidades bancarias cuando se enfrentan a los impagos de los prestatarios, invitando a los Estados miembros y a los supervisores a cooperar estrechamente para desarrollar una metodología de evaluación comparativa sólida y significativa. Es así como se retoma directamente la idea y necesidad de establecer parámetros europeos en materia de ejecución de la hipoteca.

El impulso legislativo relativo a la recuperación de créditos de dudoso cobro se manifestó en la Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales de 14 de marzo de 2018 (2018/0063(COD), así como en su Informe de Impacto de la misma fecha (SWD (2018) 75 final). Aun siendo conscientes del riesgo que supone comentar una propuesta legislativa, entendemos que la publicación del Proyecto abre el debate sobre la oportunidad de abordar esta materia, tradicionalmente residenciada en la esfera de los Derechos procesales de los Estados miembros, en la esfera comunitaria. Y todo ello a pesar de las eventuales modificaciones que puedan formularse a la Propuesta, tanto en sede del Parlamento como del Consejo de la Unión Europea, y que a fecha de redacción del presente trabajo aún no han sido tramitado.

Resulta llamativa la argumentación formulada por la Comisión en el punto primero de la Exposición de Motivos de la Propuesta que se va a comentar, en tanto que señala como causa para justificar el establecimiento de un procedimiento judicial europeo en el hecho de que *“aunque los bancos pueden ejecutar las garantías reales con arreglo a los marcos nacionales que regulan la insolvencia y el cobro de deudas, el proceso a menudo puede resultar lento e imprevisible”*. El ejecutivo europeo obvia el hecho de que precisamente el carácter de imprevisible del proceso judicial de ejecución hipotecaria ha sido en gran parte responsabilidad directa de la Unión⁷²⁵, y de la interpretación ofrecida por el TJUE de la Directiva 93/13 comentado en epígrafes anteriores (si bien aplicado a Derecho de consumo).

⁷²⁵ La imprevisibilidad del proceso español de ejecución hipotecaria llegó a tal grado que muchas entidades bancarias recurrieron al ejercicio de una acción de resolución por incumplimiento del art. 1124 del Código Civil incoando un proceso declarativo ordinario, en lugar de recurrir al proceso de ejecución hipotecaria legalmente establecido dado el ingente número de cuestiones prejudiciales planteadas sobre la adecuación del procedimiento nacional al Derecho de la Unión. Muestra de ello vid. ADAN DOMENECH, F., «Oposición al vencimiento anticipado incoado en juicio declarativo», cit., pp. 1 y ss. Es así que la doctrina ha criticado que las reformas producidas como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE sobre el proceso nacional de ejecución hipotecaria se han alejado del principio general de tutela del crédito, que debiera ser el principal en los procesos de ejecución forzosa, si bien atendiendo a las exigencias de defensa del ejecutado. Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Ejecuciones sin tutela completa del crédito. Los resquicios de la tutela ejecutiva», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 263.

II. BASES JURÍDICAS DE LA PROPUESTA

La propuesta de Directiva con el procedimiento que propone se fundamenta en dos bases jurídicas diferentes: el art. 53 (relativo a la adopción de directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas y títulos así como la coordinación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio en el marco de la libertad de establecimiento) y el 114 (ya analizado, en relación a la armonización de disposiciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior), ambos del TFUE.

De entrada, nos cuesta comprender la motivación de la Comisión a la hora de seleccionar el art. 53 TFUE como base jurídica para la configuración de un proceso de ejecución hipotecaria europeo. En el extenso informe de impacto arriba citado no se hace mención ni justificación alguna al empleo de la base jurídica. Por su parte, el punto 2º de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva se limita a argumentar que dicho precepto recoge la competencia para adoptar directivas para la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a las actividades económicas.

Como se ha argumentado a lo largo del presente trabajo, la libertad de establecimiento tiene un importante papel limitativo de la potestad legislativa nacional en materia de Derechos de propiedad inmobiliaria, y específicamente en la garantía hipotecaria. No obstante, tal habilitación no es en modo alguno absoluta, pues exige (en consonancia con la jurisprudencia del TJUE analizada más arriba) que el ejercicio de esta libertad comunitaria deba tener dimensión transfronteriza. Además, y como se concluye, la Unión carece de una facultad para regular los Derechos reales de los Estados miembros, más allá de las limitaciones que conllevarían las competencias cedidas, en razón de las libertades o por la aproximación de legislaciones para el establecimiento del mercado interior.

De este modo entendemos que el art. 53 TFUE es una base jurídica insuficiente para fundamentar, por sí mismo, normas relativas al establecimiento de un proceso de ejecución hipotecaria común (más allá del resto de materias abordadas en la propuesta de Directiva, como la autorización de los administradores de créditos para iniciar su actividad en el territorio de otro Estado miembro o la compra de créditos, en cuyo caso tendría más sentido).

Respecto a la libre circulación de capitales, la Propuesta de Directiva se detiene en su repercusión. Como se justifica en la exposición de motivos de la Propuesta de la Comisión, cuando el acreedor se predispone a recuperar el valor de la garantía real aportada por un prestatario en otro Estado miembro, el acreedor tiene que atenerse a unas normas que son diferentes de las del Estado miembro de origen y cuya eficiencia

desconoce. De este modo se pone de relieve la imposibilidad del prestamista para acordar con el prestatario un procedimiento común para todos los Estados miembros, lo que generaría costes de asesoramiento jurídico y provocaría que los procedimientos de recuperación sean más largos y los porcentajes de recuperación más bajos. Por ello y ante el riesgo de no recuperar o recuperar menos el préstamo garantizado con hipoteca se disuadiría a los prestamistas de la posibilidad de conceder préstamos transfronterizos, o encarecer el precio de la concesión de préstamos a las empresas. El dimorfismo de las respectivas legislaciones procesales en materia de proceso de ejecución de la hipoteca, se entendería como restrictivo de la libre circulación de capitales y generador de un efecto directo en el funcionamiento del mercado único.

La otra base jurídica sobre la que se proyecta la Propuesta de Directiva es el art. 114 TFUE, analizado en epígrafes anteriores y relativo a la aproximación de legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

Como detalla el punto 7-1 del Informe de Impacto así como la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva (p. 2), el artículo 114 del TFUE permite a la Unión adoptar medidas no sólo para eliminar los actuales obstáculos al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sino también para hacer frente a los obstáculos que disuaden a los agentes económicos de aprovechar plenamente los beneficios de ese mercado (y en particular, de invertir en otros Estados miembros, como se haría estableciendo criterios comunes en materia de ejecución de hipoteca).

Respecto al análisis de adecuación al principio de subsidiariedad, la razón expuesta en el Informe de Impacto (p. 7-2) sería que los acreedores que conceden préstamos garantizados no disfrutan en todos los Estados miembros de procedimientos acelerados y eficaces para ejecutar extrajudicialmente los préstamos en caso de impago de prestatarios empresariales. Bajo el planteamiento de la comisión, si se dispusiera de tales procedimientos, el riesgo de que los bancos acumularan préstamos dudosos disminuiría. Y tal y como constituye premisa del presente trabajo, no existe un conjunto mínimo de instrumentos disponibles en todos los Estados Miembros para la ejecución de garantías.

La subsidiariedad se justificaría en la diversidad de regulaciones en materia de ejecución de la hipoteca, como ha quedado reflejado en anteriores epígrafes. Para que un acreedor pueda recuperar el valor de la garantía real constituida por un prestatario en un Estado miembro diferente, el prestamista tiene que seguir normas procesales diferentes de las de su Estado miembro de origen, y cuya eficacia desconoce el prestamista. Esta situación en caso de incumplimiento del deudor, como se ha referido, limitaría la concesión de préstamos transfronterizos y constituiría un obstáculo a la libre circulación de capitales, desembocando la incertidumbre descrita en un aumento del precio y tipos de interés. Por ello se entiende cumplido el principio de subsidiariedad en tanto que la Unión intervendría para mejorar las condiciones tanto de los prestatarios (en lo referente a la reducción de tipos de interés), como de los prestamistas que se beneficiarían de un instrumento adicional para recuperar el valor del préstamo garantizado en caso de

incumplimiento⁷²⁶. De este modo, siendo común las condiciones para la ejecución los inversores paneuropeos podrán operar en condiciones similares en toda la Unión.

La crisis financiera surgida en 2008 y el aumento del volumen de préstamos dudosos sería una circunstancia, reflejada en el p. 2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta, justificativa de que los objetivos de la Unión Bancaria tendente a la limitación de préstamos de dudoso cobro puedan alcanzarse mediante la actuación individual de los Estados miembros, al fragmentarse el mercado de préstamos. Y si bien los procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías reales no necesariamente constituyen un factor incentivador de las operaciones transfronterizas, para la Comisión las diferencias en la eficiencia previstas en los sistemas extrajudiciales de los diferentes Estados (sumado a los supuestos de los Estados que no lo prevén expresamente) serían la base de un mecanismo común suplementario que no exigiría que los Estados miembros interfirieran con sus sistemas nacionales extrajudiciales.

Como se justifica en el p. 6-4 del Informe de Impacto, sin una intervención normativa la divergencia entre la capacidad de los sistemas bancarios de los Estados Miembros para gestionar y resolver los casos de morosidad generaría un efecto sobre el acceso a la financiación que no solo no se podría atajar con la respuesta individual de los Estados miembros, sino que podría incluso ampliarse. Para la Comisión sólo los bancos que operen en los Estados miembros en que existen mecanismos eficientes de ejecución de garantías tendrán instrumentos adecuados para mitigar los riesgos de acumulación futura de préstamos de dudoso cobro. E igualmente, los Estados Miembros en los que esos mecanismos no existen o no funcionan adecuadamente correrían asimismo el riesgo de que se reduzcan o encarezcan los préstamos en futuros episodios de condiciones económicas adversas o crisis económicas. Este hecho crearía un efecto económico diferenciado en el interés del crédito en los respectivos Estados. De igual forma las entidades bancarias operan a nivel transfronterizo seguirían enfrentándose a marcos fragmentados de ejecución de garantías y tendrán que evaluar los efectos de los diferentes sistemas jurídicos, siendo tal un costo innecesario o de difícil justificación.

A ello se sumaría el llamado riesgo moral: los deudores podrían ser muy conscientes de que la garantía no se ejecutará fácil y rápidamente, y de este modo tendrían menos incentivos para cumplir sus obligaciones de préstamo o tratar de resolver sus problemas financieros con los acreedores de manera oportuna. E incluso valerse del desigual marco de ejecución existente entre los Estados miembros, generándose una repercusión transfronteriza de los futuros problemas de morosidad de algunos Estados miembros sobre otros⁷²⁷.

⁷²⁶ Como apunta GÓMEZ DE LIAÑO, R., *Ejecución de créditos derivados de contratos bancarios*, Oviedo, Editorial Forum, 1998, p. 215, la adaptación de los cauces procesales al tráfico económico (y en especial al bancario) constituye un fenómeno extendido tanto histórica como en el derecho extranjero.

⁷²⁷ En tal caso la Comisión estimó en el Informe de Impacto citado más arriba (p. 9-1) que, a fecha de 2018 y de forma aproximada, el nivel de préstamos de dudoso cobro concedidos a empresas por medio de créditos garantizados oscilaría los 463.000 millones de euros, de los cuales 221.000 millones de euros estarían asociados a las PYMES.

Por estos argumentos se entendió justificada la intervención de la Unión, constituyendo el establecimiento de tal procedimiento (de forma adicional a las respectivas regulaciones nacionales) como instrumento para alcanzar mejor el objetivo de recuperación de préstamos de dudoso cobro a nivel de la Unión, en lugar de los Estados miembros en el marco de sus sistemas jurídicos nacionales.

De igual forma, en el apartado 7-3 del Informe de Impacto se justifica la adecuación al principio de proporcionalidad. Dada la interrelación prevista en los ordenamientos internos entre la ejecución de la garantía y los respectivos Derecho civiles, inmobiliarios, mercantiles, de insolvencia (y procesal) las normas previstas sobre la ejecución extrajudicial de garantías deberían poder aplicarse de manera coherente con la legislación de esos Estados miembros, en pos del buen funcionamiento del mercado interior. En cualquier caso, y como se justifica en el p. 2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta legislativa, las normas del proceso extrajudicial diseñado en el borrador permitirían los Estados miembros la máxima flexibilidad para mantener las disposiciones nacionales protectoras de los derechos y defensas de los prestatarios. Y como se profundizará en el análisis del objeto, las normas del procedimiento acelerado no serían aplicables a la ejecución de préstamos concedidos a los consumidores, y de tratarse de préstamo concedido a empresarios, no podrían aplicarse para ejecutar garantías reales constituidas por la primera residencia del prestatario. En base a estos argumentos la intervención legislativa en sede de la Unión no excedería de lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Entendemos que el recurso a la base jurídica del artículo 114, si bien se encuentra ampliamente debatida en materia de Derecho procesal (como se ha argumentado en capítulos anteriores) y podría ser, como se ha estudiado, objeto de control en sede del TJUE, cumpliría parcialmente los requisitos establecidos en este precepto en relación a la regulación de un proceso de ejecución de garantías a nivel europeo. El establecimiento de un proceso de ejecución hipotecaria tendría como objeto mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sobre todo en relación a la libre circulación de capitales (como ha quedado constancia, reduciendo la incertidumbre del prestamista y abaratando los intereses del prestatario, circunstancias facilitadoras de la concesión de préstamos transfronterizos). E igualmente, existen diferencias entre las disposiciones legales de los Estados miembros que pueden obstaculizar dicha libertad fundamental (como se ha analizado en el Estudio comparado), al establecer condiciones dispares.

Un aspecto importante es que la repercusión transfronteriza no es un requisito objetivo para el recurso al procedimiento extrajudicial de ejecución. Una vez traspuestas las normas establecidas en la Propuesta de Directiva podrán aplicarse e invocarse respecto a relaciones jurídicas puramente internas de los Estados miembros si se cumplen los presupuestos contenidos en la misma. Como se ha expuesto, esta sería una consecuencia de la armonización bajo el prisma del art. 114, si bien en la Exposición de Motivos y en el Informe de Impacto se argumenta que el establecimiento del procedimiento sería un factor generador de incentivos para el incremento de los préstamos transfronterizos, al

reducir la incertidumbre sobre los resultados del procedimiento de ejecución (p. 2 de la Exposición de Motivos).

No obstante, atendiendo al criterio establecido en la jurisprudencia analizada en el primer bloque del presente trabajo, es preciso atender a un análisis de los objetivos perseguidos por el acto legislativo en cuestión y su posible encaje en otras bases jurídicas más específicas y compatibles. En tal caso, el legislador de la Unión estaría obligado a motivar el acto legislativo en tales bases jurídicas y a seguir los requisitos establecidos en los respectivos procedimientos legislativos (Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-166/07).

Por ello resulta necesario detenerse, por su especificidad, en la base jurídica contenida en el art. 81 TFUE, relativo a la cooperación judicial en asuntos civiles. Y máxime cuando lo pretendido por el prelegislador europeo es facilitar la ejecución transfronteriza de un documento extrajudicial.

El hecho de que el procedimiento que se pretende armonizar sea de naturaleza extrajudicial en nada empecería la aplicación de este precepto. De entrada, el art. 81-1 TFUE aspira al reconocimiento mutuo tanto de resoluciones judiciales como extrajudiciales, circunstancia que extiende a la ejecución en el art. 81-2 a). Pero, además, la jurisprudencia citada en epígrafes anteriores asimila los documentos judiciales a los extrajudiciales en relación al ámbito de aplicación del Derecho secundario dictado en relación a esta base jurídica (Sentencia del TJUE de 25 de junio de 2009, asunto C-14/08).

Entendemos que la especificidad de esta base jurídica debería haber sido tenida en cuenta por el prelegislador europeo a la hora de proyectar un proceso extrajudicial común de ejecución de garantías, y máxime teniendo en cuenta que bajo el mismo entre otros podrían ser ejecutados créditos transfronterizos.

Pero como ha quedado constancia, el hecho de que el art. 81 TFUE establezca como requisito la repercusión transfronteriza implica que no confiere a la Unión competencia necesaria para reglamentar un proceso de ejecución de garantías aplicable a un escenario puramente interno. Tal sería la razón por la que la base jurídica elegida ha sido la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, que como se ha estudiado sí que permitiría la aplicación de instituciones de Derecho de la Unión sin constreñirse al requisito de la repercusión trasfronteriza. Pero para los supuestos en los que la ejecución sí tuviese tal carácter habría clara sombras de nulidad de la pretendida Directiva, en tanto que sería patente la existencia de una base jurídica más específica que la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (siendo esta una circunstancia prohibida por la jurisprudencia que hemos analizado).

Por todo ello entendemos que para la armonización de un proceso de ejecución de garantías en el plano europeo (bien sea con repercusiones en materia judicial o extrajudicial) el legislador europeo tendrá que emplear, de forma mixta, tres bases jurídicas distintas. Por un lado, la aproximación de legislaciones para el establecimiento

y funcionamiento del mercado interior del art. 114 TFUE, ya elegido por el prelegislador europeo y cuyo empleo estaría justificado. Pero esta base tendría que complementarse con la cooperación judicial en materia civil del art. 81 TFUE, que debido a su insuficiencia debería emplearse junto con la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE. En tales casos entendemos que la consecución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (art. 3-2 TUE) y el establecimiento del mercado interior (art. 3-3 TUE) se tratan de dos objetivos fijados en los Tratados que se contribuirían en conseguir con el establecimiento de un procedimiento de ejecución de garantías europeo admitiendo de tal modo el recurso a la cláusula de flexibilidad.

III. NIVEL DE ARMONIZACIÓN

Para solventar los problemas detectados en relación a la recuperación de préstamos de dudoso cobro garantizados con prenda o hipoteca mediante la revisión de los procedimientos de ejecución de garantías existentes en los Estados miembros, la Comisión barajó cinco posibilidades de armonización (puntos 9-2 y 9-3 del Informe de Impacto).

La primera de las opciones fue desarrollar una acción de la Unión de naturaleza no reglamentaria basada en las iniciativas internacionales de armonización de los procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías. De conformidad a esta opción la Comisión simplemente recomendaría a los Estados miembros el establecimiento de procedimientos de ejecución para recuperar el valor de los préstamos garantizados en el caso de la inexistencia de tales procedimientos en los Ordenamientos internos o para aumentar la eficacia de los existentes, en particular cuando no se utilicen en la práctica. Ese conjunto de recomendaciones se inspiraría en los parámetros de los procedimientos de ejecución extrajudicial de los Estados Miembros y en las iniciativas internacionales en que incluyen recomendaciones sobre la ejecución de las garantías reales y las fianzas.

En este ámbito la Comisión destaca varias iniciativas no vinculantes. Entre ellas estaría la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas de 2010 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL (*Legislative Guide on Secured Transactions*)⁷²⁸, en cuyas páginas 310 y ss. se establecen

⁷²⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Nueva York, 2010, fecha de consulta en https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf , visto en web el 27 de agosto de 2020.

recomendaciones para la ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal amparado por un documento negociable, tanto en vía judicial como extrajudicial. De este mismo órgano destacaría igualmente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas de 2016⁷²⁹ (*UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*), en cuyo Capítulo VII se establecerían criterios uniformes para la reclamación del acreedor a las autoridades judiciales o aquellas que sean designadas por el Estado en cuestión. Otro de las propuestas sería la contenida en los Principios, definiciones y reglas modelo del derecho privado europeo Proyecto de Marco Común de Referencia (MCR) preparado por el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo y el Grupo de Investigación sobre el Derecho Privado Comunitario (Grupo Acquis) el cual propone la adopción de un procedimiento de ejecución de bienes gravados tanto extrajudicial (arts. IX.-7:207 y ss) como judicial (art. IX.-7:217)⁷³⁰. O la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas de 1994 del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD)⁷³¹, el cual establece criterios de transición a la economía de mercado en los antiguos países socialistas de Europa Oriental, que establece criterios orientativos para la ejecución de las garantías hipotecarias (parte 4, pp. 26 y ss.).

El sistema de acción no reglamentaria tenía dos ventajas principales (p. 10-1-1 del Informe de Impacto). La primera sería la reducción de los costos de aplicación, ya que al ser un instrumento no vinculante dejaría el mayor grado de discreción a los Estados Miembros, evitando posibles perturbaciones de los regímenes nacionales con funcionamiento idóneo. De igual forma la posibilidad de reducir los costos administrativos para las propias autoridades públicas, en tanto que la intervención de cualquier autoridad pública en el proceso de ejecución como un notario o un agente público o judicial (similar al *huissier* en el sistema francés), sería a expensas de las partes. Los inconvenientes, no obstante, estarían claros: habría un mayor riesgo de que algunos Estados miembros no sigan la iniciativa no vinculante, y al quedar absolutamente la armonización al arbitrio de los Estados habría una heterogeneidad de enfoques que podría seguir inhibiendo la ejecución de garantías y la concesión de préstamos transfronterizos, exponiendo a los bancos a un mayor riesgo de acumulación de deudas de dudoso cobro como en la situación anterior. No en vano, como se ha apuntado en el párrafo anterior, el número de criterios, propuesta y estándares internacionales es numeroso. Por ello esta opción no es la fórmula escogida por la Comisión.

En tanto a que la segunda opción es la finalmente elegida por el prelegislador europeo como la más apta para el fin perseguido, procederemos al estudio de la tercera (dejando la segunda para el final del presente epígrafe). La tercera opción planteada por

⁷²⁹ UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Viena, 2016, fecha de consulta en https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/ML_ST_E_ebook.pdf visto en web el 27 de agosto de 2020, pp. 61 y ss.

⁷³⁰ AA.VV., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, fecha de consulta 28/08/2020 en http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf, pp. 4715- 4740.

⁷³¹ Visto en la página web oficial del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo el 27 de agosto de 2020: <https://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html> .

la Comisión sería la creación de una nueva garantía real en toda la Unión junto con un procedimiento de ejecución extrajudicial totalmente armonizado (p. 9-2-4 del Informe de Impacto). Esta opción consistiría en establecer una nueva garantía real en toda la Unión (al igual que ocurre con la marca de la Unión Europea o la Sociedad Cooperativa Europea ya aludidas), en la línea de la propuesta de la Eurohipoteca, que se añadiría a las garantías reales ya existentes en los Estados miembros. En el Informe de Impacto se denomina la misma como Garantía de Préstamo Acelerada o *Accelerated Loan Security* (ALS). Esta opción prevería la creación de una nueva garantía real de la Unión que se ejecutaría mediante un procedimiento de ejecución extrajudicial totalmente armonizado, en este caso bajo la modalidad de armonización máxima. De este modo si se pactase entre las partes la concesión de un préstamo garantizado con esta figura, ésta serviría de base para una rápida ejecución de la garantía real en caso de incumplimiento del deudor. La garantía real debería estar en tal caso regulada y disponible de manera uniforme en la Unión y exigiría un alto nivel de armonización de las disposiciones jurídicas fundamentales de los Estados miembros, así como de las normas civiles, mercantiles, de insolvencia y procesales.

Como argumentos a favor de esta fórmula de armonización máxima (p. 10-3-1 del Informe de Impacto) se aduce que las entidades bancarias de todos los Estados miembros se beneficiarían de manera uniforme de la posibilidad de recuperar el valor de los préstamos garantizados, en caso de que opten por suscribirlo, con el consiguiente aumento de la seguridad jurídica en lo que respecta a las condiciones de la ejecución. Se produciría un aumento del mercado único, en tanto que los ejecutantes no tendrían que invertir tiempo y soportar los costes relacionados con la evaluación de la forma en que puedan recuperar el valor del préstamo. De igual forma el acreedor puede tomar medidas para tomar más rápidamente la posesión de la garantía.

No obstante, los argumentos en contra son numerosos, siendo esta la razón por la que la opción tercera de armonización máxima tampoco es admitida por la Comisión en su Propuesta legislativa. Por un lado, esta fórmula conllevaría importantes repercusiones en los diferentes marcos jurídicos de los Estados miembros debido a la integración de un nuevo derecho real de garantía. Ello exigiría inexorablemente el ajuste y la readaptación de numerosas esferas de sus sistemas jurídicos nacionales (por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho privado y público, las normas de registro, las leyes de insolvencia, etc.). De igual forma habría algunos puntos en los que la modificación del Derecho interno sería especialmente delicada desde el punto de vista político (citándose como ejemplo la orden de prelación de los créditos en los procedimientos de insolvencia). Por otra parte, la configuración de un derecho real de garantía autónomo habría de conllevar necesariamente la modificación de los requisitos de publicidad y registro de la propiedad vigentes en cada ordenamiento estatal (con las particularidades propias de cada uno de ellos), debiendo incluso contemplarse el establecimiento de un registro de la Unión para la publicación de las garantías constituidas conforme a Derecho de la Unión. De igual forma los posibles costos para el cumplimiento por los Estados sería significativo, especialmente en lo referente a la aplicación de un nuevo Derecho real de garantía, sobre

todo en los requisitos de formalidades y publicidad pertinentes, la formación de los profesionales del derecho en relación con la aplicación de la nueva garantía real, y para la aplicación de un procedimiento de ejecución extrajudicial plenamente armonizado.

A esto añadimos un argumento de especial relevancia. El establecimiento de un procedimiento plenamente armonizado podría tener un encaje difícil en cada una de las tradiciones jurídico-procesales de los Estados miembros, a lo que la Unión queda obligada en virtud del art. 67-1 TFUE.

Todos estos argumentos llevaron a la Comisión a descartar la opción de crear un derecho real de garantía autónomo con un proceso extrajudicial de ejecución del mismo plenamente armonizado.

Junto a las enunciadas habría otras propuestas, descartadas de forma temprana en la elaboración de la Propuesta de Directiva como queda constancia en el Informe de Impacto. Por un lado, la opción 4, consistente en la creación de un mecanismo de ejecución extrajudicial estableciendo régimen alternativo. Esta propuesta pasaría por una solución puramente procesal, y de armonización máxima. Mediante la misma un instrumento legislativo, (en concreto un reglamento) establecería un procedimiento extrajudicial uniforme para la ejecución de garantías mediante un conjunto de normas comunes, que se adiciónaría a los diferentes procedimientos existentes en los Derechos procesales nacionales. De esta forma se garantizaría la igualdad de condiciones para los bancos y se beneficiarían los casos de ejecución de garantías transfronterizas, ya que se dispondría de un conjunto único de normas en toda la Unión.

El problema de la opción cuarta sería la complejidad adicional que se produciría, siendo contraproducente al objetivo perseguido de simplificación procedimental (especialmente en aquellos estados en los que la ejecución extrajudicial de la hipoteca funcione correctamente). Ciertas garantías reales nacionales como los derechos de prenda e hipoteca entrarían en el ámbito de aplicación del régimen de la Unión, y podría haber una posible concurrencia entre el proceso europeo y los procedimientos extrajudiciales nacionales. Por ello se crearía incertidumbre jurídica para los agentes del mercado de esos Estados miembros en cuanto a qué mecanismos extrajudiciales (los de la Unión o los nacionales) prevalecerían en caso de conflicto. Además, se destacó la complejidad, en tanto que un procedimiento autónomo tendría un impacto sustancial en el derecho privado y del público (incluido el derecho de propiedad y el derecho de insolvencia, así como de registro). Los estados podrían dar lugar a enfoques divergentes respecto a otros derechos paralelos (por ejemplo, en materia de insolvencia) generándose divergencias. Por consiguiente, para establecer un procedimiento nuevo y paralelo al establecido en cada uno de los Estados sería necesario armonizar todos esos marcos jurídicos, lo que a juicio de la Comisión iría mucho más allá del objetivo de la Directiva.

La quinta opción pasaría por la armonización de los procesos judiciales de ejecución de garantías (p. 9-3-2 del Informe de Impacto). En lugar de centrarse en la consecución de un proceso extrajudicial común, se aseguraría que todos los Estados miembros tengan procedimientos de ejecución judicial comunes, eficaces y transparentes

y jurídicamente seguros. Ello aumentaría la eficiencia de la ejecución judicial de las garantías en toda la Unión y dispararía en gran medida la necesidad de cualquier mecanismo extrajudicial alternativo. No obstante, para la Comisión esta opción quedó descartada en tanto que se entendió que la armonización de los regímenes de ejecución judicial sería mucho más invasiva que cualquiera de las otras opciones analizadas. Para la Comisión una armonización judicial trascendería cuestiones de Derecho procesal civil y constitucional que no sería deseable ni viable armonizar. Para el prelegislador europeo la ejecución extrajudicial sería un mecanismo disponible ya en cierto número de Estados Miembros para abordar el problema de que la ejecución judicial pueda prolongarse en el tiempo por diversas razones. Por ello y dado que se dispone de una solución menos invasiva para los Derechos procesales, la armonización de todo el sistema de ejecución podría incurrir en el riesgo de ser desproporcionada para hacer frente a un problema específico, como la recuperación más rápida del valor de las garantías reales, yendo esta opción mucho más allá del objetivo de política de la iniciativa propuesta.

De este modo la opción escogida fue la segunda, relativa a la armonización mínima de los procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías (p. 9-2-3 del Informe de Impacto)⁷³².

⁷³² No en vano ha sido extenso el debate en la ciencia del derecho sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca como derecho de naturaleza más procesal o sustantiva. Así FENECH NAVARRO, M. Y OTROS, *Estudios de Derecho procesal*, cit., p. 478, quienes consideran que el Derecho de hipoteca, al conllevar la realización forzosa cuya función consistiría en la liquidación del activo del responsable, constituiría la esencia del proceso de ejecución, entendiendo los autores que la hipoteca es un embargo convencional y anticipado de un bien inmueble, y que como tal tiene la naturaleza de Derecho público y no de Derecho real. En similar sentido vid. RIFÁ SOLER, J. M., *Proceso de ejecución y registro de la propiedad*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2013, pp. 72-76, para quien la naturaleza de la hipoteca vendría dada desde el ámbito procesal y no del derecho privado, en tanto que la traba sobre los bienes hipotecados viene dado por un poder de ejecución reconocido por el Derecho público (en España el art. 104 de la Ley Hipotecaria). Al ejercitarse la acción hipotecaria lo que el acreedor afirmaría tener frente al deudor no sería un derecho real, sino un derecho de crédito nacido de una obligación personal (si bien garantizada especialmente con un bien inmueble). El mismo FENECH en su artículo FENECH NAVARRO, M., «Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal», *Revista de Derecho Procesal*, vol. 4, 1952, pp. 533-535, considera que la hipoteca, al tratarse de una norma de procedimiento, constituye un mandato dirigido al titular del órgano jurisdiccional (siendo *mutatis mutandi* trasladable a la autoridad o profesional designado por la legislación para la ejecución extrajudicial) para indicar a quién se debe pagar dinero cuando se distribuya la suma obtenida en el procedimiento. La preferencia de la hipoteca no sería una cualidad del crédito en relación al bien inmueble, sino en relación al destino del producto. Por esta razón a juicio del autor la hipoteca se equipararía a un embargo judicial, recalándose su naturaleza procedimental dirigida al órgano realizador. Este debate puede encontrar un precedente en el Derecho italiano, en el que autores como FRANCESCHELLI, R., «L'ipoteca come diritto reale», *Rivista di Diritto commerciale*, vol. XXXVI, 1938, p. 285, consideran que la hipoteca es un Derecho real de naturaleza eminentemente civilista, en tanto que la deuda encuentra su satisfacción por efecto del vínculo obligatorio, y la hipoteca funcionaría no tanto para permitir la ejecución forzosa del bien sino para satisfacer la deuda. Por su parte CARNELUTTI, F., «Natura giuridica dell'ipoteca», *Rivista di Diritto processuale civile*, vol. XVII-XVIII, 1939, pp. 15-16, admitiendo la tesis de la naturaleza jurídica procesalista de la hipoteca, entiende que si bien el proceso ejecutivo está preordenado por unas actuaciones basadas en el Derecho material, en la hipoteca se concede al acreedor un privilegio *ex lege* a obtener un trato diferente en sede de ejecución, como es la prelación, que adquiere precisamente su vigor mediante la acción ejecutiva, y que permite dirigir la ejecución frente a una persona distinta del deudor como es el tercero hipotecario (limitándose el derecho de crédito a la relación entre deudor y acreedor, sin intervenir el tercero). Para FERNÁNDEZ BALLESTEROS se entendería la ejecución como una potestad pública el órgano ejecutor no sólo debe satisfacer el interés del acreedor sino proteger los derechos e intereses del ejecutado, evitando que se produzcan excesos, vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y*

Mediante esta opción se exigiría que todos los Estados miembros estableciesen (o adaptasen) un procedimiento extrajudicial de ejecución para los préstamos garantizados, que se basaría en un conjunto de principios comunes. En tanto que habría Estados miembros que carecen de procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías o tienen formas diferentes, la labor del legislador nacional sería la de introducir ese mecanismo en su marco jurídico o adaptar el sistema vigente a las normas mínimas de armonización. Tal procedimiento extrajudicial, erigido bajo los principios de Derecho de la Unión, daría cauce al incumplimiento frente a préstamos garantizados con Derechos reales de garantía ya existentes en los Estados miembros y constituidos conforme al propio Derecho interno (como prendas e hipoteca) con una forma estándar.

De esta forma la Directiva propuesta establecería una serie de criterios mínimos a nivel de la Unión para la ejecución extrajudicial de las garantías reales, a fin de asegurar mejores niveles de eficiencia, coherencia y previsibilidad en todos los Estados miembros. La voluntad del prelegislador comunitario sería que mediante tal mecanismo de ejecución armonizado se permita a los acreedores recuperar el valor de las garantías sin la plena participación previa de un órgano jurisdiccional, de una manera y en un plazo estándar en toda la Unión. La finalidad sería asegurar que los acreedores puedan recurrir a una alternativa a la ejecución judicial especial (si no existe en la legislación nacional) o mejorar los procedimientos extrajudiciales en caso de existir.

En cualquier caso, al pretender el impulso legislativo consolidar una armonización mínima mediante el establecimiento de principios comunes, si bien el Derecho de la Unión establecería normas generales para garantizar la coherencia y la aplicación uniforme de los procedimientos extrajudiciales de ejecución, la aplicación detallada de las normas de ejecución habrían de establecerse en las respectivas legislaciones nacionales.

Como argumentos a favor de esta opción (p. 10-2-1 del Informe de Impacto) la Comisión aduciría que el establecimiento de un conjunto común de principios y bases contribuiría a garantizar la igualdad de condiciones para los bancos de toda la Unión, proporcionando una mayor seguridad jurídica en un contexto transfronterizo y minimizando al mismo las repercusiones en el derecho tanto privado como público de los Estados miembros. Al no tratarse de una armonización máxima se proporcionaría flexibilidad a los Estados miembros en la aplicación al marco nacional, reduciéndose el coste de aplicación de la propuesta de Directiva. Esta flexibilidad vendría avalada por la gran variedad y diversidad de características del Derecho privado y público de los diferentes Ordenamientos internos. Y como ya se señaló, en relación a la posible acción no reglamentaria, una armonización de mínimos igualmente conllevaría una disminución de los costos administrativos para las autoridades públicas, ya que la intervención de

las medidas cautelares. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares, cit., pp. 36-37. De este modo y bajo nuestra opinión, asumiendo la tesis de CARNELUTTI y FENECH, entendemos que con independencia de que la persona que acometa las actuaciones ejecutivas tenga potestad jurisdiccional o no, si el control de la licitud de las actuaciones ejecutivas descansa bajo la autoridad judicial, entonces el carácter del procedimiento seguirá esa naturaleza dada la función nomofilática y arbitradora del poder judicial.

cualquier autoridad pública en el proceso de ejecución (como un notario u otro tipo de profesional habilitado legalmente), sería a expensas de las partes.

Como argumentos en contra se señala la posible aplicación y adaptación de los procedimientos nacionales de manera divergente, dada la discreción que se les dejaría a los estados (si bien sería una discrecionalidad menor en comparación con la propuesta no reglamentaria, dada la naturaleza imperativa de la Directiva de conformidad al art. 288 TFUE). Del mismo modo no se crearía el más alto nivel de eficacia y certidumbre jurídica en lo que respecta a los procedimientos (como sí ocurriría con la armonización máxima).

En cualquier caso, la opción 2 de armonización de mínimos fue elegida como preferida por el prelegislador comunitario en la Propuesta de Directiva (p. 12 del Informe de Impacto).

IV. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROPUESTA

Destaca el ámbito de aplicación objetivo del procedimiento de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales. De conformidad al art. 1-c de la Propuesta de Directiva, se establecería un marco común y requisitos relativos a un mecanismo común adicional de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales en relación con los contratos de crédito garantizados celebrados entre los acreedores y los prestatarios empresariales y que estén cubiertos por garantías reales.

Por razón de la materia, el procedimiento extrajudicial serviría para la ejecución de las garantías reales, para cuyo concepto habría que acudir a los arts. 3-6 y 7 de la misma. Por contrato de crédito se entendería el inicialmente celebrado, modificado o resultante de la novación, mediante el cual un acreedor concede o se compromete a conceder un crédito en forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago similar. Por contrato de crédito garantizado, para el cual se configurarían los principios del procedimiento extrajudicial europeo, el párrafo 7º entendería el contrato de crédito celebrado por una entidad de crédito u otra empresa autorizada a conceder créditos, siempre que esté respaldado por alguna garantía real (mobiliaria o inmobiliaria): (a) hipotecas, cargas, gravámenes u otros derechos de garantía comparables comúnmente utilizados en un Estado miembro en relación con los bienes inmuebles; y (b) prendas, cargas, gravámenes u otros derechos de garantía comparables comúnmente utilizados en un Estado miembro en relación con los bienes muebles.

Es decir, por razón de la materia cualquier contrato de crédito garantizado con un derecho real de garantía, que grave un bien mueble o inmueble, podría ejecutarse a través de dicho procedimiento. Para su definición y calificación legal habría que acudir a cada uno de los Ordenamientos civiles y mercantiles internos de los Estados miembros, absteniéndose la propuesta de Directiva (como se ha argumentado en el apartado anterior) de regular un derecho de garantía común y limitándose la labor unificadora a la dimensión procedimental.

Mayor complejidad adquiriría la aplicación de la Propuesta de Directiva *ratione personae*. Como ya apunta el art. 1-c, el contrato habilitante para que las partes puedan acudir la ejecución a través de los trámites unificados en la Propuesta de Directiva debe de estar celebrado entre acreedores y prestatarios empresariales.

De este modo y en relación al ámbito de aplicación subjetivo, el procedimiento de ejecución extrajudicial se limitaría únicamente a los préstamos comerciales garantizados entre la institución crediticia, en calidad de acreedor, y un prestatario comercial (es decir, una empresa o un empresario individual) en calidad de deudor. Debido a las (en palabras de la Comisión señaladas en el p. 9-2-1 del Informe de Impacto) muy fuertes repercusiones sociales que un procedimiento de ejecución extrajudicial tendría sobre los consumidores, y que desembocaría en la posibilidad de privar a una persona física de su residencia principal, o de bienes que tienen más valor intrínseco para el deudor o que son necesarios para su subsistencia diaria como los muebles, las personas físicas como consumidores quedarían excluidas de su ámbito de aplicación del proceso de ejecución acelerado propuesto. Esta ha sido una materia sobre la que el prelegislador ha optado por no armonizar, sobre la base de que la consulta pública previa realizada mostró un apoyo general a este enfoque, dada la necesidad de una protección especial para el consumidor como parte más débil.

La legitimación pasiva del procedimiento de ejecución extrajudicial se limitará a los préstamos concedidos por instituciones de crédito a empresas o empresarios (es decir, relaciones entre empresas). El concepto de prestatario empresarial regulado en el art. 3-5 de la propuesta de Directiva lo definiría como una persona física, distinta de un consumidor, o jurídica que haya celebrado un contrato de crédito con un acreedor. El concepto de empresario persona física o jurídica establecido en la Propuesta de Directiva es notablemente amplio y se define de forma negativa en relación al concepto de consumidor. Para ello la Propuesta de Directiva se remite a la definición de consumidor del art. 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE, es decir la persona física que, dentro del ámbito de la Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

El objetivo de la Propuesta de Directiva es bordear la relación de consumo. Para ello y en primer lugar excluye del ámbito de aplicación subjetiva al ejecutado que tenga la condición de consumidor. E igualmente y como establece el art. 2-3 no afectando a la protección otorgada a los consumidores, con arreglo a la Directiva 2014/17/UE, la Directiva 2008/48/CE, la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las disposiciones nacionales

de transposición de las mismas, en lo que respecta a los contratos de crédito que estén comprendidos en su ámbito de aplicación. La Directiva igualmente formula otras exclusiones específicas de su ámbito de aplicación de conformidad a su art. 5-j, y en concreto los contratos de crédito al consumo con consumidores de conformidad a la Directiva 2008/48 (art. 5-j), los contratos de crédito suscritos con sociedades sin ánimo de lucro, y los contratos de crédito en los que el prestatario es empresario en dos supuestos: cuando se trata de la ejecución de un acuerdo de garantía financiera de conformidad a la Directiva 2002/47/CE (en cuyo caso contaría con normas específicas para la ejecución, como se ha tenido la oportunidad de analizar) y, por otro lado, cuando los bienes inmuebles residenciales constituyan la residencia principal de un prestatario empresarial⁷³³.

En relación a la parte ejecutante, la propuesta prevé incluir en el ámbito de dicha iniciativa únicamente a los bancos (instituciones de crédito, según se definen en la legislación de la Unión ya citada) y a los préstamos originados por ellos. Tal y como se define en el art. 3-3 de la Propuesta de Directiva acreedor sería una entidad de crédito o cualquier persona jurídica que haya concedido un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, o un comprador de créditos. Y por entidad de crédito se remitiría a las entidades definidas en el art. 4-1 1 del Reglamento 575/2013 ya referido en el apartado sobre la libre circulación de capitales (una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia).

El argumento para limitar la legitimación activa a las entidades de crédito esgrimida por la Comisión en su Informe de Impacto, sería que el acceso a este cauce

⁷³³ La Directiva no especifica, al excluir la residencia habitual del ejecutado, si ha de ser persona física o jurídica. Debe interpretarse que, al no distinguir la Directiva este supuesto, debe interpretarse como una condición a favor del consumidor, que en muchos casos gira en el tráfico mercantil como persona jurídica y adquiere sus bienes personales o de consumo (incluyéndose la vivienda o residencia habitual) bajo esa forma. En el Informe de Impacto de la Propuesta de Directiva (p. 12-3) el prelegislador comunitario se muestra sensible al Derecho al respeto a la vida privada y familiar del prestatario establecido en el art. 7 CDFUE, a la hora de excluir del ámbito de aplicación del procedimiento la residencia habitual del deudor, establecer un conjunto de principios para garantizar que el procedimiento de ejecución extrajudicial maximice el valor de la garantía en el momento de la ejecución y evitar que un acreedor garantizado ejecute un bien inmueble para satisfacer una reclamación menor. De hecho, la jurisprudencia del TJUE tiende a esta apreciación. Así se distingue en la Sentencia de la Sala Cuarta de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, caso Costea, en el que el TJUE apreció que un abogado firmante de un contrato de préstamo como representante de su bufete podía entenderse como consumidor, aun actuando en nombre del bufete si el contrato no estaba vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Igualmente en el Auto de la Sala Sexta del TJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, caso Tarcău establece que la Directiva 93/13 se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad (es decir, si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión o no, p. 27). Esta jurisprudencia se reitera en el Auto de la Sala Décima del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15, caso Dumitraș, en el que ante unas personas físicas que habían actuado como avalistas hipotecarios de una sociedad el TJUE entendió que debía atenderse al hecho de si se actuó con fines relacionados con su actividad profesional para incluirlos en el concepto de consumidor (p. 39 de Dumitraș).

privilegiado se formularía bajo la motivación de estabilidad financiera buscada a través de la ejecución extrajudicial de garantías reales, cuyo objetivo principal sería evitar los problemas de acumulación de morosidad en los balances de los bancos. Otro argumento sería mejorar la estabilidad del sector bancario y permitir a los bancos poner más crédito a disposición de las empresas, en particular de las pymes, mejorándose el desempeño de su papel en la financiación de la economía. A juicio de la comisión tal sería un hecho objetivo que justificaría una excepción legislativa al principio de igualdad de trato del art. 20 de la CDFUE, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables a menos que ese trato diferente esté objetivamente justificado en la línea del TJUE⁷³⁴. En el caso de la ejecución extrajudicial, la atención a los bancos como acreedores garantizados y a los préstamos originados por bancos se justificaría por la necesidad de garantizar que esas entidades no acumulen grandes cantidades de préstamos de dudoso cobro, de modo que sigan siendo capaces de ofrecer crédito a las empresas y a la economía real en general.

De este modo el Derecho de la Unión apunta una regulación diferenciada del procedimiento de ejecución hipotecaria cuando el prestatario tenga la condición de consumidor o el procedimiento se dirija contra su residencia habitual y en aquellos casos en los que no lo sea. Para el primer caso se aplicarán a los procedimientos internos las garantías procedimentales establecidas en los arts. 19 y 28 de la Directiva 2014/17. Y en el sistema proyectado, para aquellos casos en los que el prestatario no tenga la condición

⁷³⁴ Cita la Comisión dos precedentes de interés jurídico para la materia. Por un lado, la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-101/12, caso Schaible, en virtud del cual una diferencia de trato está justificada cuando se basa en un criterio objetivo y razonable, es decir, cuando está en relación con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato (p. 77). Y específicamente y aplicable a la constitución de garantías como el proceso de ejecución de las mismas derivado de la Directiva 2002/47 (ya arriba analizado) la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 10 de noviembre de 2016, asunto C-156/15, caso «Private Equity Insurance Group» SIA. En el mismo se discutió si la Directiva 2002/47 era conforme con con el principio de igualdad de trato del art. 20 CDFUE al establecer un régimen más específico para los acreedores en relación a los procedimientos de insolvencia. La problemática estribaba en el hecho de que el régimen establecido por la Directiva 2002/47 excluía que la prestación de las garantías financieras estuviese supeditada a la realización de actos formales, reconociendo a los beneficiarios de tales garantías el derecho de ejecutarlas independientemente de que se haya o no incoado un procedimiento de insolvencia del garante. De este modo el régimen de ejecución de garantías de la Directiva 2002/47 confería una ventaja a las garantías financieras con respecto a otros tipos de garantías que no se hallasen comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la misma. Para el TJUE tal diferencia de trato se basaba en un criterio objetivo que guardaba relación con la finalidad legítima de la Directiva 2002/47, cual era es mejorar la seguridad jurídica y fomentar la eficacia de las garantías financieras a fin de garantizar la estabilidad del sistema financiero (p. 51). Además, la diferencia de trato no era desproporcionada, en tanto que la aplicabilidad *ratione materiae* de la Directiva 2002/47 dependía de la prestación de la garantía y exigía que tal prestación tuviese lugar antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Del mismo modo en el ámbito de aplicación *ratione personae* se excluían los acuerdos de garantía financiera en los que una de las partes sea una persona de las que se definen en el artículo 1 (ya analizados, en el que se excluyen a las personas físicas no profesionales), y el régimen instaurado por la Directiva sólo se refería a una parte de los activos del garante con respecto a la cual éste ha aceptado una cierta forma de desposesión (por el contrato de prenda). De esta forma se llegó a la conclusión de que el régimen establecido en la Directiva 2002/47 no afectaba al Derecho a la igualdad de trato establecido en el art. 20 CDFUE y que el legislador de la Unión está obligado a observar. Bajo esta jurisprudencia podría justificarse una matización al principio de igualdad de trato cuando la materia regulada es de naturaleza financiera y las garantías derivadas de la misma, al entenderse que se basa en un criterio objetivo y proporcional.

de consumidor ni se pretenda ejecutar su residencia habitual habría que acudir a las especificidades de la Propuesta de Directiva que se analiza en el presente apartado.

Como se ha estudiado, la Directiva 2014/17 establece limitadas garantías al consumidor ejecutado y de rasgos muy genéricos, que en muchos de los casos ya se encuentran reguladas o previstas en los Ordenamientos internos. Dado el profundo cuestionamiento acometido por la jurisprudencia del TJUE en relación a la conformidad de los procedimientos internos de ejecución de la hipoteca cuando se dirigen contra un consumidor a la luz de la Directiva 93/13 (y en particular del proceso español), y la voluntad del legislador de la Unión de establecer unos parámetros comunes de ejecución de Derechos reales de garantías nos preguntamos si hubiese sido aconsejable establecer igualmente (en el mismo u otro instrumento legislativo separado) otros principios y bases a nivel de Derecho de la Unión para los supuestos de ejecución de la hipoteca cuando el procedimiento se dirige contra personas que tengan la condición de consumidor o el bien se trate de la residencia habitual del deudor. De esta forma se hubiese clarificado la conformidad de los respectivos regímenes nacionales con los estándares del Derecho de la Unión Europea, máxime cuando la voluntad del prelegislador europeo es (como se ha manifestado al inicio del presente epígrafe) la de eliminar el factor de imprevisibilidad en la dinámica procesal de la ejecución de los Derechos reales de garantía.

En cualquier caso, nada impediría que, en base al fenómeno de atracción del Derecho de la Unión Europea ya apuntado por BIAVATI⁷³⁵ los respectivos legisladores nacionales, a la hora de transponer la Propuesta de Directiva configurasen procesos nacionales de ejecución hipotecaria igualmente aplicables a consumidores que incumplan contratos de préstamo garantizado con hipoteca⁷³⁶. La razón vendría dada por puro practicismo de técnica legislativa: al legislador nacional le resultará más fácil adaptar un único proceso extrajudicial de ejecución de la hipoteca que crear dos en función del objeto de la Directiva. Además, las diversas complejidades que ha tenido el legislador de la Unión para configurar el objeto de la Propuesta de Directiva (como se ha analizado en los capítulos primero y segundo) no son trasladables a los Estados como estructuras con competencias legislativas de mayor amplitud. A ello se sumaría el hecho de que, como Directiva de mínimos, el margen de actuación de los Estados es mucho mayor, siendo admisible la posibilidad de que los Estados, de forma voluntaria, puedan extender en sus transposiciones el ámbito de aplicación de la misma.

De hacerlo así, los Estados miembros habrán de tener en cuenta no sólo lo dispuesto en los arts. 19 y 28 de la Directiva 2014/17 como legislación positiva, sino que además y con mayor repercusión habrán de tener en cuenta toda la jurisprudencia que el TJUE ha dictado en interpretación del principio de efectividad dimanado de la Directiva

⁷³⁵ BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», cit. p. 726.

⁷³⁶ De una forma similar a la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que como se ha visto en su transposición estatal algunos Estados como España o Italia la han transpuesto no sólo para procedimientos de mediación con repercusión transfronteriza (como estaba limitado por su ámbito objetivo) sino a procedimientos de mediación de repercusión puramente interna.

93/13 ya apuntada en el capítulo segundo (en especial en lo referente a la posibilidad del prestatario de impugnar la ejecución, la suspensión de la tramitación y la posibilidad de recurso), pues en dicho caso el Estado miembro correrá un elevado riesgo de que la legislación interna en cuestión sea interpretada como incompatible con las Directivas citadas.

V. LA NATURALEZA EXTRAJUDICIAL DEL PROCEDIMIENTO PROPUESTO

Una de las características esenciales del procedimiento de ejecución de Derechos reales de garantía propuesto por la Comisión sería su naturaleza extrajudicial.

Tanto en los arts. 1-c y como en el art. 23 se reafirma el carácter de extrajudicial del procedimiento. En concreto, en el art. 24, relativo a los medios de realización, expresamente se detalla que los Estados miembros podrán disponer que se nombre, cuando proceda, a un “notario, agente judicial u otro agente público” para asegurar una distribución eficiente y rápida del producto de la venta y la transferencia de la garantía real al comprador, o para proteger los derechos del prestatario.

De las opciones deliberadas por la Comisión en la propuesta de Directiva, prácticamente las cuatro primeras eran más proclives a la armonización de un proceso de naturaleza extrajudicial⁷³⁷, mientras que sólo la quinta se contempló la posibilidad de armonizar los mecanismos nacionales internos de ejecución. Las razones por las que la Comisión descartó esta posibilidad estribaron en el hecho de resultar la armonización judicial (aunque posible) más invasiva, menos proporcional y más posiblemente discutible bajo los Ordenamientos constitucionales y civiles internos nacionales⁷³⁸. En tal

⁷³⁷ No en vano el objetivo crear estructuras de resolución de controversias extrajudiciales en el plano europeo no es nuevo. Ya desde de la Resolución del Consejo, de 25 de mayo del 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo (Diario Oficial C 155 de 6 junio de 2000) la Unión ha pretendido conformar una red entre los diversos sistemas de Resolución Alternativa de Controversias (Red EJE) mediante la creación de un centro de intercambio de información ubicado en cada Estado miembro, como estructura de asistencia e información al consumidor. Con este sistema se ha pretendido paliar los obstáculos de la pluralidad estructural de los órganos extrajudiciales nacionales. Vid. BARONA VILAR, S., «Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro», en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2º, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 57-58.

⁷³⁸ Tomando como referencia el Derecho procesal español, la Constitución establece en su art. 117-3 que la jurisdicción es una potestad y tiene atribuida la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, derivando esta de la soberanía del Estado y se caracterizaría por una autoridad que correspondería exclusivamente a los

caso la Comisión prescindiría del debate sobre la equivalencia de los procedimientos extrajudiciales a los jurisdiccionales en los diferentes órdenes jurídico-procesales nacionales internos, y de aprobarse crearía la obligación de admitir su equivalencia en los respectivos derechos procesales internos⁷³⁹.

jueces y tribunales, vid. GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Instituciones de Derecho procesal. Parte general. Tomo 1*, Granada, Ediciones TaT, 1989, pp. 59-62. Es así que existe doctrina que discute la constitucionalidad de la posibilidad de enajenar bienes hipotecados a través de un procedimiento extrajudicial, por lo que la asimilación del procedimiento extrajudicial como más respetuoso para la esfera constitucional interna no sería del todo pacífico. Así se pronuncian GUASP DELGADO, J. Y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, 7, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 746. En el mismo sentido PÉREZ DAUDÍ, V., «La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 32, 130, 2013, pp. 79 y ss., para el cual el proceso de ejecución extrajudicial ante notario de hipoteca ya aludido en el apartado correspondiente a la legislación española estaría derogado por la disposición derogatoria tercera de la constitución española (la Ley Hipotecaria se aprobó en 1946, y el Reglamento en 1947), por oponerse a lo establecido en la constitución y en particular al Derecho a la tutela judicial efectiva. En la misma línea BONET NAVARRO, J., «El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 27, 2018, en relación al procedimiento de los arts. 70 y 71 LH o monitorio notarial, quien considera que el notariado no puede “usurpar” funciones jurisdiccionales, con la sola justificación de una «desjudicialización» de asuntos (que entiende que el procedimiento referido constituye un verdadero enjuiciamiento, valoración de actividad probatoria, fijación de hechos y aplicación sobre los mismos del derecho a los efectos de dar solución a un conflicto) por lo que a juicio del referido autor dicho procedimiento integra la esfera de ejercicio reservada constitucionalmente a la jurisdicción y la tramitación del proceso debería corresponder al titular de la potestad jurisdiccional, planteando la inconstitucionalidad del mismo. Para otros autores como DAMIÁN MORENO, J., «La reclamación notarial de cantidades: el llamado monitorio notarial», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 232-233, aunque las actuaciones del notario en el llamado “monitorio notarial” son predominantemente ejecutivas en tanto a que constituyen un título que permite el acceso directo a un procedimiento de ejecución (más que facilitar una eventual reclamación judicial) en dicho procedimiento habría un factor diferenciador en tanto a que no habría controversia como tal (al no oponerse el deudor), por lo que el notario no declarararía hechos ni realizaría actividades de enjuiciamiento (que corresponderían a la función jurisdiccional) no vulnerándose la reserva constitucional en contra del criterio de BONET NAVARRO. Volviendo a la venta extrajudicial entendemos que lo cierto es que el proceso extrajudicial español ante notario ha sido reformada en sucesivas ocasiones, con posterioridad a la promulgación de la constitución (siendo la última con motivo de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que reformó el art. 129 de la Ley Hipotecaria para actualizar el criterio de establecimiento de tipo para la subasta). Si bien la tesis de la inconstitucionalidad ha sido parcialmente admitida por el Tribunal Supremo de España (Sentencias de la Sala 1ª de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999), en su Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil núm. 320/2017 de 23 de mayo (RJ 2017\2708) FJ 5º se produce un cambio de criterio, dejando claro que los precedentes referidos se pronunciaron respecto de procedimientos anteriores a la entrada en vigor de la LEC. Para el TS la publicación de la LEC de 2000 vino a subsanar esta cuestión, convirtiendo a la venta extrajudicial en una norma postconstitucional al reformar el art. 129 de la Ley Hipotecaria (Disposición final 9ª LEC). A raíz de la introducción de una enmienda en la tramitación parlamentaria de la LEC española (enmienda 1422 de CIU), que fue acogida por la ponencia de la LEC, se acordó sustituir el procedimiento extrajudicial considerado inconstitucional por el Tribunal Supremo por una venta extrajudicial paralela y amparada en la facultad de enajenar la garantía genéricamente prevista en el art. 1858 del Código Civil al que no pudiesen hacerse reproches de inconstitucionalidad (por el carácter preconstitucional de la Ley Hipotecaria). De este modo, y como especifica el Tribunal Supremo, la venta extrajudicial de la legislación española no sería inconstitucional tampoco no atacaría el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional consistente en hacer ejecutar lo juzgado del art. 117-3 de la Constitución, dada su posterior subsanación parlamentaria y posibilidad de control ante el poder judicial, por lo que está sometida a estrictos controles de legalidad con la finalidad de equilibrar todos los intereses en juego (los del acreedor, los del propietario y los eventuales de terceros).

⁷³⁹ Para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en el litigio ante jueces privados (como los árbitros) se origina no ya un equivalente, sino un auténtico proceso jurisdiccional, con la peculiaridad de que en él intervendrían jueces nombrados por las partes al amparo de la autorización estatal (en las correspondientes legislaciones, por ejemplo de arbitraje). La base de la autocomposición aplicado a los equivalentes jurisdiccionales sería

Esta opción legislativa se encuentra en sintonía con las tradiciones procesales de la mayoría de los Estados miembros⁷⁴⁰, como se ha analizado en el apartado correspondiente, en las que se admite por regla general la posibilidad de que las partes puedan pactar enajenar el bien inmueble gravado con hipoteca a través de un proceso extrajudicial⁷⁴¹. Pueden establecerse limitaciones en el caso de que el bien objeto de

no tanto la definición del modo de concluir un proceso, sino el medio para la resolución del litigio. Bajo su criterio puede existir la autocomposición al margen del proceso (como con la transacción), o cesar el proceso sin pronunciamiento sobre el litigio (como el desistimiento de la demanda). De esta forma cabe diferenciarse el modo de concluir el proceso y el modo de resolverse el litigio. Para el maestro la diferencia entre proceso y procedimiento sería que el proceso tiene una finalidad jurisdiccional compositiva del litigio mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal) sería una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final (el del proceso o una fase del mismo), mientras que para PRIETO-CASTRO (pp. 52-53 del Tratado que se va a citar en la presente nota) sólo será proceso si concurren un órgano independiente en su función, con partes justiciables en igualdad de postura de ataque y defensa, con deberes y derechos previamente señalados y con la garantía de que habrá un pronunciamiento definitivo, siendo el procedimiento la mecánica procesal de los actos. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1970, pp. 70-75 y 116. Para PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I*, Pamplona, Aranzadi, 1985, p. 105, con la venta extrajudicial supondría la continuación de la labor jurisdiccional. En sentido contrario, para GÓMEZ ORBANEJA, E. Y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil. Vol II*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones S.A., 1979, pp. 282-283, en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria español ante notario no hay efectivamente ejercicio de acción procesal ni partes propiamente dichas en tanto que no interviene el juez (ni siquiera en función no jurisdiccional) sino el notario. Otros autores consideran igualmente que la venta extrajudicial carece del carácter de jurisdiccional (que sí tendría la ejecución hipotecaria), en tanto que el notario no ejerce actividades jurisdiccionales y no se puede asimilar su actuación con la de los tribunales, ni tampoco aplicarse análogicamente (vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «Venta extrajudicial de vivienda habitual hipotecada», en RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 857. Como sostiene FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*, cit., p. 649, el procedimiento de venta extrajudicial no es ejecutivo porque la ejecución es siempre jurisdiccional, pero en el caso español bajo la fe del notario puede obtenerse la misma finalidad que con el proceso judicial, cual es la venta en pública subasta y satisfacción del acreedor ejecutante. En similar sentido ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La oposición a la subasta notarial de la prenda: especial referencia a la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro 5º del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales», cit., pp. 53 y ss., para quien al exigir la ejecución de naturaleza jurisdiccional medios coactivos, la venta extrajudicial sería una actividad sustitutiva. Si bien admitimos, en la línea de los anteriores citados autores que el notario, en tanto que carece de la potestad jurisdiccional, no puede realizar ningún acto de coerción contra el propietario o terceros ocupantes, ello no impediría aplicar los efectos previstos en los que sí intervendría un juez, como la toma de posesión del inmueble al Juez de Primera Instancia del lugar donde radique (art. 236-m del Reglamento Hipotecario) que se tramitaría a través del proceso sumario de demanda de efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro del art. 250-1 7º LEC frente a quienes perturben su ejercicio. Como se ha comentado en anteriores epígrafes la transmisión de la propiedad se efectuaría mediante escritura pública (art. 236-l del Reglamento Hipotecario) intervenida por el mismo notario (recalcamos que en el proceso judicial tampoco intervendría un juez para adjudicar el bien, sino que lo haría el Letrado de la Administración de Justicia, en virtud del art. 650 LEC).

⁷⁴⁰ Como ejemplo el Derecho procesal histórico español. Como constata PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Juicios sumarios y especiales. Características del procedimiento de ejecución de la Ley Hipotecaria», cit., p. 493, ya con Ley de Enrique III de 20 de mayo de 1396 se introdujo en Sevilla (posteriormente al resto del Reino con la *Lex Toletana* de los Reyes Católicos de 1480) un juicio ejecutivo a base de documentos que contienen la confesión de una deuda por el obligado, primeramente hecha ante el juez ordinario, y posteriormente ante el Notario que actuaría como *iudex cartularius*, recogido en un documento conocido como guarentigio o garantizado. Igualmente vid. MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 60-61.

⁷⁴¹ De hecho, la doctrina científica da cuenta del fenómeno de “huida” de la ejecución de la jurisdicción en relación al mismo proceso de ejecución judicial. La razón sería que el personal al servicio de la

hipoteca sea la vivienda habitual, o establecerse diferentes mecanismos para la realización tales como la adjudicación directa del bien, la subasta pública o la venta privada. Pero en cualquier caso la ejecución extrajudicial se erige como un mecanismo admitido, con sus asimetrías, en los diferentes Derechos procesales internos.

Como señala ORTELLS RAMOS, los títulos ejecutivos no creados por pronunciamiento judicial no pueden ser tratados como los títulos judiciales, porque en el caso de títulos extrajudiciales privados no existe un deber de prestación regido por el Derecho público y en favor de las Administraciones públicas, ni base para una potestad pública de autotutela ejecutiva. Por ello, y bajo la opinión del autor habrían dos alternativas: o bien se abre el camino a una estricta autotutela ejecutiva privada, o bien hay que atribuir la potestad a un tercero sobre ejecutante y ejecutado cuya función de juzgar consistiría en comprobar si hay o no un título ejecutivo y en qué medida debe dársele eficacia⁷⁴². En sentido contrario se podría argumentar que facilitar extraordinariamente la ejecución de inmuebles hipotecados, con supresión de trámites judiciales de comprobación que signifiquen garantías para todos los intereses en juego del procedimiento de ejecución puede favorecer la predominancia del ejecutante, así como de la usura al dificultarse la posibilidad de constituir segundas o ulteriores hipotecas cuando se haya pactado el recurso a un procedimiento extrajudicial⁷⁴³. Se hace necesario, de este modo, encontrar un equilibrio entre los beneficios del recurso al procedimiento extrajudicial de ejecución con una adecuada supervisión judicial.

Mayor problema ocurriría en los ordenamientos en los que no se contempla la posibilidad de recurrir a un proceso de ejecución extrajudicial, como ocurriría en Portugal. En este caso podría argumentarse que obligar a los ordenamientos podría llegar a entenderse como una postura de la Unión lesiva a la idiosincrasia y respeto a la adecuación de las tradiciones procesales en cuestión. Este caso sería una de las manifestaciones del conflicto entre el principio de efectividad derivado de la eventual aprobación de la Propuesta de Directiva y el de autonomía procesal.

Destacamos que el texto deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros para designar en las respectivas legislaciones internas al profesional que habrá de asistir del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías, pudiendo ostentar naturaleza notarial (como ocurre en el procedimiento extrajudicial español), naturaleza

Administración de Justicia (como el Letrado de la Administración de Justicia en España) es el que actúa como responsable real o material de la ejecución por atribución del Derecho procesal civil, y no el propio órgano jurisdiccional cuya intervención se reduce al inicio del propio proceso o la resolución de cuestiones incidentales planteadas por las partes. De este modo, si bien no pierde su dimensión procesal al seguir inspirándose en los principios dispositivo y de justicia rogada, sí que se reduciría su naturaleza propiamente jurisdiccional. Vid. LORCA NAVARRETE, A. M., *La huida de la ejecución de la jurisdicción y su impulso procesal por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución. Veinte años de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000-2020*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2020, pp. 3 y 14.

⁷⁴² ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución forzosa civil tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo», *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 22, 12, 2013, p. 118, si bien como se ha puesto de relieve en anteriores notas ha supuesto una cuestión controvertida en la doctrina procesalista clásica.

⁷⁴³ CHICO Y ORTIZ, J. M. Y OTROS, *Estudios sobre Derecho hipotecario. Tomo II*, cit., pp. 1703-1704.

de agente judicial o *bailiff* designado de parte (como el *huissier* en el sistema francés ya estudiado o el *deurwaarder* del sistema neerlandés). E incluso deja abierta la posibilidad de acudir a un “agente público” (en su versión original en inglés *public official*)⁷⁴⁴. Este concepto de agente público no se define en ningún punto ni de la propuesta de Directiva ni del informe de impacto. Por ello entendemos que debe primar el llamado principio de libre elección de medios. En virtud de la misma si el legislador comunitario no especifica el expreso cauce que debe proveer el Estado miembro puede establecerse el mecanismo preferido por el Estado en cuestión⁷⁴⁵. Por ello, a tenor de esta norma, los Estados miembros podrían elegir la tramitación de cualquier funcionario o autoridad pública, incluso al servicio de la Administración de Justicia (como el Letrado de la Administración de Justicia en el Ordenamiento español o el *County Registrar* o el *Master of the High Court* irlandés) siempre que, de forma teleológica, no recaiga expresamente en personal con potestad jurisdiccional.

La extra jurisdiccionalización del proceso de ejecución hipotecaria constituye una clara tendencia en los criterios internacionales del Derecho procesal civil/mercantil recogida en los criterios UNCITRAL. Así se recoge en la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas de 2010. Como se define en el punto k) de su p. 26, ha de partirse de la idea de que históricamente los acreedores garantizados debían hacer valer sus garantías reales recurriendo a un tribunal u otra autoridad y embargando y vendiendo los bienes gravados en el marco de un proceso judicial (reduciéndose la ejecución extrajudicial sólo en determinados casos y bajo ciertas condiciones muy restrictivas). En cambio, la Guía recomienda que, siempre que el régimen de ejecución esté concebido para proteger los derechos legítimos de los otorgantes y de los terceros, no debería haber ninguna limitación al derecho de un acreedor garantizado a ejecutar su garantía por vía extrajudicial para asegurar el equilibrio y el carácter equitativo en la ejecución de una garantía real.

⁷⁴⁴ Resultan ilustrativos los criterios generales planteados por GONZÁLEZ-CUÉLLAR para otorgar eficacia ejecutiva a títulos extrajudiciales, que hacemos nuestros como criterio orientativo por ser trasladables *mutatis mutandi* a los posibles criterios que los Estados miembros podrían establecer a la hora de determinar los criterios para permitir asistir a la ejecución extrajudicial europea: tratarse de funcionarios públicos técnicos en Derecho a los que se les atribuya fe pública, y que en el ejercicio de su función efectúen un control de legalidad del contrato celebrado entre las partes. Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, vol. 38, 2011, edición online. No obstante, y como se ha analizado en apartados anteriores, esta es una cuestión que se entronca en las tradiciones ejecutivas de cada uno de los Estados miembros, y que en una eventual transposición de la directiva quedará muy al amparo a la autonomía procesal interna.

⁷⁴⁵ Lo que la doctrina amplía a diversas posibilidades, por ejemplo mediante cauces de Derecho público (a través de un procedimiento administrativo específico) o procesal (mediante el ejercicio de una acción de naturaleza jurisdiccional). Un ejemplo sería el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. En algunos Estados miembros se ha establecido la necesidad de iniciar un procedimiento ante las autoridades administrativas como mecanismo que para que los pasajeros puedan reclamar el derecho de compensación nacido de tal Reglamento, mientras que en otros se habilita que la compensación podrá reclamarse a través del ejercicio de acciones de Derecho privado ante tribunales civiles SZPUNAR, M., «Procedural Autonomy and Private Law», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, vol. 1, 2018 p. 3.

No resulta extraña esta “huída” de la tendencia legislativa internacional respecto del modelo procesal tradicional. Como evidencia la doctrina, la ideología liberal que inspiró las legislaciones decimonónicas y sus respectivos códigos procesales han ido evolucionando en la sociedad moderna del siglo XXI por los factores políticos, económicos y culturales propios de la globalización, consiguiendo una transformación del modelo procesal tradicional. Y ello ha conllevado la búsqueda de una alternativa al modelo jurisdiccional tradicional con su modelo procedimental⁷⁴⁶. En esta línea cabría apuntarse el dictado de resoluciones por autoridades que no forman parte del poder judicial, pero que aun así pueden llegar a contener un enjuiciamiento y definición del derecho de las situaciones planteadas por los litigantes⁷⁴⁷.

Bajo el criterio de la Guía sobre Operaciones Garantizadas de 2010, como los procedimientos judiciales pueden ser lentos y costosos, la demora prevista y los gastos que entraña la ejecución se tendrán en cuenta al decidir si se proporciona financiación y el costo de ésta, teniendo los procesos ineficientes un efecto negativo en la disponibilidad y el costo del crédito (p. 283)⁷⁴⁸. Por ello se recomienda que, ante el incumplimiento, se conceda al acreedor la posibilidad de recurrir bien a los órganos jurisdiccionales u otra autoridad, pudiendo elegir el método, momento y lugar para la enajenación (p. 313). Esta posibilidad del acreedor garantizado para acudir previa solicitud (*application*) a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad que especifique el Estado en cuestión para ejercer sus derechos con posterioridad al incumplimiento, se contempla en el art. 73-1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas de 2016.

De este modo entendemos que, si bien hubiese preferible que el prelegislador comunitario hubiese posibilitado en su propuesta legislativa la opción de que los Estados estableciesen un procedimiento tanto de naturaleza jurisdiccional o extrajurisdiccional, la obligación de adaptar o posibilitar los ordenamientos procesales internos a la tramitación de un proceso extrajudicial como el establecido en la propuesta de Directiva no constituye una intromisión excesiva o desproporcional en los sistemas establecidos tradiciones jurídicas internas, que en consonancia a los criterios internacional van asimilando paulatinamente a una desjurisdiccionalización del proceso de ejecución en conjunto con el fortalecimiento de la vía extrajudicial. De este modo una intervención de la Unión para arbitrar o disciplinar el desarrollo normativo de cada procedimiento extrajudicial podría admitirse como incardinable en los objetivos de la propuesta de Directiva.

La posibilidad de acudir al procedimiento extrajudicial acelerado estaría condicionada, como requisito esencial de procedibilidad, a que el recurso a dicho

⁷⁴⁶ BARONA VILAR, S., «Justicia integral y tutela sin proceso», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 37.

⁷⁴⁷ Es lo que la doctrina ha alertado como un entredicho de lo jurisdiccional, vid. HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 76.

⁷⁴⁸ Como especifica la doctrina, con la ejecución fuera del proceso jurisdiccional (como en la conciliación) el legislador trata de ofrecer un instrumento alternativo eficaz para la solución de conflictos con todas sus consecuencias, lo que implica la necesidad de alcanzar mediante ellas un nivel igual al que ha venido ofreciendo la jurisdicción estatal. Vid. BONET NAVARRO, Á., «La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 24, 2011, edición online.

mecanismo haya sido acordado por escrito, o mediante acto notarial si así lo prevé el Estado miembro, entre el acreedor y el prestatario empresarial, de conformidad al borrador de art. 23-1 de la Propuesta de Directiva. En dicho acuerdo habrá de especificarse el supuesto de ejecución y el plazo en el que el prestatario empresarial puede realizar el pago una vez que se produzca ese supuesto con el fin de evitar la ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales. La propuesta de *lege ferenda* igualmente exigiría que el prestatario empresarial haya sido claramente informado sobre la aplicación y las consecuencias de la ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales antes de la celebración del acuerdo⁷⁴⁹.

De este modo el proceso europeo de ejecución de garantías extrajudicial sería de recurso voluntario por las partes, por lo que la obligación establecida para los Estados miembros se reduciría a permitir o posibilitar el recurso a dicho procedimiento en caso de pactarse (bien creándolo *ex novo* o adaptando el existente). Como establece el art. 24-1, los Estados miembros velarán por que puedan realizarse las garantías reales de conformidad con el referido mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales.

El art. 23 de la Propuesta de Directiva establece que el dicho acuerdo debe incluir los “títulos ejecutivos directos”. Como matiza el considerando 46 de la Propuesta, por título ejecutivo directo se entendería una cláusula que permita la ejecución directa de la garantía mediante la ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales, sin necesidad de obtener un título ejecutivo de un órgano jurisdiccional.

⁷⁴⁹ La jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado en relación al control de información como presupuesto para la aplicación del Derecho de la Unión, y si bien en relación a materia comprendida en Derecho de consumo (como la Directiva 93/13) entendemos que la lógica jurídica sería análoga al presupuesto delimitado por el prelegislador europeo en la Propuesta de Directiva. En tal sentido citamos la Sentencia de la Sala Segunda de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc y otros, en el que se debatía sobre la suficiencia de información en un préstamo celebrado en divisa extranjera (francos suizos) respecto al país de origen (leus rumanos). El TJUE constató que las instituciones financieras debían facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos pudiesen tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (p. 49 de Andriuc). El TJUE interpretó que el prestatario debía estar claramente informado del riesgo al que se exponía (como las posibles variaciones de los tipos de cambio) correspondiente al órgano jurisdiccional interno la comprobación de que el profesional había comunicado a los prestatarios consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de la cláusula (p. 50 de Andriuc). Esta transparencia, como indica la doctrina, debe darse en el momento de la celebración del contrato y se garantiza cuanto más información y explicaciones adecuadas reciba el prestatario (vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios: Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: Andriuc y otros/Banca Românesacă SA», *La Ley Unión Europea*, vol. 53, 2017, edición online. En relación al mismo autor y sobre la protección del empresario vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales una perspectiva española y europea*, Madrid, Civitas, 2009). De este modo, la información suministrada debe erigirse como necesaria para que los prestatarios puedan haber adoptado una decisión fundada y prudente y puedan haber comprendido los efectos de la cláusula, como clarifica VELA TORRES, P. J., «Hipoteca multidivisa: adaptación de la jurisprudencia española a la del TJUE», *Diario La Ley*, vol. 9108, 2017, edición online. Una lógica similar habría de aplicarse, *mutatis mutandi*, a la propuesta de norma comentada, debiendo quedar claro que por medio de la referida cláusula el prestatario renunciaría a la posibilidad de que, en caso de impago, el bien fuese enajenado judicialmente, así como las características esenciales del procedimiento.

Como se ha comprobado en el apartado relativo al estudio comparado, en la práctica totalidad de Ordenamientos internos la escritura o acta de constitución de hipoteca es título ejecutivo (con más o menos formalidades legales, en función del sistema de notariado, latino o anglosajón al que se adhiera el Estado miembro en cuestión) sin necesidad de obtener un pronunciamiento judicial previo. Cuestión distinta sería la posibilidad de reclamar la totalidad del crédito debido como resultado del incumplimiento del deudor (vencimiento anticipado) en el que el prestatario perdería el derecho al plazo, y no la reclamación limitada a las cuotas que el prestatario hubiese impagado. El Derecho procesal español, como se ha hecho referencia, prevé unas especialidades procedimentales específicas para la ejecución directa sobre los bienes hipotecados o pignorados, venciendo anticipadamente la totalidad en el seno de dicho procedimiento de cumplirse los requisitos legales. Hubiese sido de este modo deseable, en vista a la voluntad armonizadora, haber incluido unas normas mínimas para el vencimiento anticipado de la deuda por el impago del deudor como presupuesto para la realización del bien.

VI. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO

Como se ha hecho referencia, el principal requisito de procedibilidad que el art. 23 de la Propuesta de Directiva exige a las partes sería que expresamente se pacte el recurso al procedimiento extrajudicial propuesto por escrito o mediante acta notarial en función del ordenamiento en cuestión.

El art. 23 no establece ninguna precisión en lo referente al vencimiento anticipado de la deuda. Tan sólo que haya transcurrido el plazo de cuatro semanas a partir del momento en que se produzca el supuesto de ejecución, o un momento posterior si así lo han pactado el acreedor y el prestatario empresarial, y se haya producido la notificación que se procederá a analizar.

Por “supuesto de ejecución” entendemos el impago del deudor, como se infiere del p. 40 de los considerandos de la Propuesta de Directiva (*En algunos Estados miembros no existen mecanismos rápidos y eficientes de ejecución extrajudicial que permitan a los acreedores garantizados recuperar valor a partir de la garantía real en caso de impago del prestatario*). Aunque se deduce del contexto, hubiese sido preferible aclarar tal cuestión, sobre todo en relación a las importantes consecuencias que se derivarían del procedimiento de ejecución en sí. Y más estableciéndose un criterio modulador de la

realización de la garantía en el propio art 23, aun siendo meramente orientativo (los Estados miembros podrán establecer que, en los casos en que un prestatario empresarial haya pagado al menos el 85 % del importe del contrato de crédito garantizado, el plazo mencionado en dicha letra pueda ser prorrogado seis meses como mínimo) establecido (como refleja el punto 12-3 del Informe de Impacto) para evitar un uso abusivo del procedimiento por parte de los acreedores garantizados para satisfacer un crédito menor en inspiración del Derecho fundamental a la propiedad del art. 17 de la CDFUE.

En lugar de ello el prelegislador, en el último párrafo de la propuesta de art. 23, establece como obligación que los Estados miembros “velarán” para que el acreedor ofrezca al prestatario empresarial un plazo razonable para la realización del pago y procure evitar el uso de este mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales. El tenor de este precepto sería de suma amplitud y discrecionalidad, no estableciéndose estándar alguno de la “razonabilidad” (y puesto que el régimen de Derecho europeo de consumo se excluye del ámbito de aplicación de la propuesta de norma, el recurso al mismo resultaría poco adecuado en pos de una diferenciación normativa), tanto que facultaría a los Estados miembros a mantener sus regímenes de vencimiento anticipado y pago en sus respectivos tenores actuales sin imponerse ninguna conducta expresa (más allá del plazo de cuatro semanas desde la notificación).

Por ello entendemos que hubiese sido más claro para los operadores jurídicos el expreso establecimiento del impago del crédito garantizado como supuesto de ejecución a efectos de la Directiva, y asimismo establecer unos criterios comunes para que el acreedor ejecutante pueda vencer anticipadamente la deuda, como ocurre en gran parte de los ordenamientos jurídicos internos. De este modo habrá de entenderse que el préstamo quedará vencido anticipadamente en función de la naturaleza del pacto entre las partes reflejado en el contrato de préstamo, modulado por los límites legales establecidos en cada uno de los Estados miembros de la Unión (con su carácter manifiestamente diferenciado y matizable en función de cada Estado, como se ha analizado anteriormente).

El procedimiento se iniciaría mediante notificación del acreedor al prestatario, en el que habrá de constar una serie de información reflejada en la Directiva: 1) la intención de enajenar los activos a través del mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales para satisfacer las obligaciones contractuales del contrato de crédito garantizado; 2) el tipo de medida de ejecución que vaya a aplicarse (venta privada o subasta pública); 3) el plazo para la realización del pago antes de que se recurra al mecanismo de ejecución extrajudicial; 4) el importe impagado del contrato de crédito garantizado pendiente conforme a las obligaciones derivadas del contrato. De no realizarse el pago por parte del prestatario, el procedimiento extrajudicial acelerado continuaría.

Este requerimiento previo informativo, de clara inspiración en los criterios UNCITRAL que se citarán más abajo, si bien constituye una importante garantía de defensa para el ejecutado olvida importantes conflictos dimanantes de la notificación. Entre ellos se encontraría la ausencia del ejecutado, o la negativa a aceptar la notificación.

La Propuesta de Directiva no deja claro si la notificación debe de ser presencial, o si se posibilitan otros mecanismos de notificación presunta (como el edicto) o si de las incidencias derivadas de la notificación (tales como la investigación del domicilio) el ejecutante podría solicitar el auxilio de los órganos jurisdiccionales internos⁷⁵⁰. Esta dimensión, en ausencia de normativa en la Directiva quedaría bajo criterio de cada uno de los ordenamientos procesales internos.

En cualquier caso, notificado el requerimiento anteriormente señalado, el art. 23 establece como requisito para aplicar el mecanismo extrajudicial que el prestatario no haya realizado el pago íntegro con arreglo a lo señalado en la notificación del acreedor. Es decir, para pasar a la fase de realización debe darse la oportunidad al prestatario de abonar el crédito debido, dentro de los estándares indeterminados de razonabilidad antes expuestos.

Finalmente, el párrafo segundo del art. 23 de la Propuesta de Directiva establece que los Estados miembros velarán por que el prestatario empresarial no esté autorizado a disponer de los activos aportados como garantía a partir de la recepción de la notificación, y estará sujeto a la obligación general de cooperar y proporcionar toda la información pertinente cuando pueda aplicarse el mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada. Si bien la obligación de cooperación y proporción de información en la ejecución se encuentra codificada tanto en las principales propuestas de armonización en materia de Derecho procesal europeo (como la Propuesta Storme) así como en diversos ordenamientos internos, entiendo que la prohibición de disponer del bien afecto podría atentar contra las tradiciones jurídicas nacionales. Es así que, como criticaba CARRERAS LLANSANA, la objeción a la transmisibilidad de los bienes muebles o inmuebles embargados o hipotecados supondría un atentado contra la teoría de la indisponibilidad y su carácter general, en tanto que seguiría siendo el propietario con la salvedad de la limitación en el poder dispositivo consistente en la afección del bien al proceso de ejecución (y por lo tanto no se podría impedir la prosecución del proceso de ejecución hasta la subasta o transmisión, permaneciendo el poder sujeto a la potestad de la autoridad ejecutante cualquiera que sea el derecho adquirido sobre el mismo por un tercero, en base al denominado *jus perseguendi*)⁷⁵¹.

Es así que, dado el razonamiento expuesto, dicha prohibición de disponer podría ser susceptible de limitar el Derecho de propiedad del ejecutado, pudiendo haber optado el prelegislador de la Unión por haber acogido otra fórmula más proporcional y respetuosa

⁷⁵⁰ Un estándar expreso sería, por ejemplo el establecido en el art. 7-2 del Reglamento n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en virtud del cual el organismo receptor de la notificación realizará “todas las diligencias necesarias” para efectuar la notificación o el traslado en el más breve plazo posible y, en cualquier caso, dentro de un plazo de un mes contado a partir de la recepción. Como apuntan AGUILERA MORALES, M. Y OTROS, «Transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación y traslado», cit., pp. 208-209, la notificación debe efectuarse con rapidez y del modo que mejor garantice su eficacia, objetivos que podrían hacer aconsejable la modulación los sistemas internos de notificaciones para adaptarlos a la incertidumbre del Reglamento.

⁷⁵¹ CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, Bosch, 1957, pp. 119-121.

con el mismo (como garantizar la afección del bien al proceso de ejecución extrajudicial con independencia de que el ejecutado tenga la condición de propietario o un tercero). Esto podría interpretarse como una clara contravención a la obligación que tiene el legislador de la Unión de respetar el derecho al disfrutar de la propiedad de toda persona establecido en el art. 17 CDFUE, vinculante para el legislador de la Unión en el ejercicio de su facultad legislativa y cuya subsanación en estos términos consideramos necesaria.

VII. MECANISMOS DE REALIZACIÓN

Transcurrido el plazo comunicado en el requerimiento inicial sin que el prestatario haya realizado el pago, el sistema previsto en la Propuesta de Directiva prevería a rasgos generales dos posibilidades principales para realizar o enajenar los bienes gravados con el Derecho real de garantía: la subasta pública y la venta privada. Igualmente prevé la asignación directa en aquellos Estados miembros que la establezcan (denominado apropiación en términos de la Propuesta) mediante el cual el acreedor tendría derecho a conservar el activo para la satisfacción total o parcial de la obligación del prestatario empresarial.

Las posibilidades al alcance de la Comisión para regular la enajenación de los bienes garantizados son amplias, como apunta la Guía Legislativa UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas de 2010 (pp. 293-294). Algunos Estados exigen que la enajenación esté sujeta a los mismos procedimientos públicos utilizados para ejecutar las sentencias judiciales. Otros permiten que el acreedor garantizado controle la enajenación, pero prescriben procedimientos uniformes para hacerlo (por ejemplo, las normas relativas a las subastas públicas o a la convocatoria a licitaciones privadas o *tender*). Otros otorgan al acreedor garantizado una discreción amplia y unilateral en cuanto al modo de enajenación, pero someten esta conducta a normas generales (como la buena fe y el carácter razonable desde el punto de vista comercial), cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad del acreedor y la indemnización por daños y perjuicios. Pero como señala la guía legislativa lo más frecuente sería una regulación de las salvaguardias procesales por las que los Estados controlan las acciones de los acreedores garantizados, en aspectos como la notificación que debe darse al otorgante y a los terceros con derecho a los bienes gravados, indicando el método de publicidad de una enajenación propuesta, la fecha, la hora y el lugar de la venta, si la venta se hará por subasta pública o por licitación privada, si los bienes se venderán individualmente, por lotes o en conjunto y si la enajenación incluye arrendamientos, licencias o permisos conexos.

En cualquier caso, y como señala la Guía Legislativa de 2010 de UNCITRAL, el objetivo del procedimiento de ejecución de garantías debe ser maximizar la cantidad de

los bienes gravados realizados sin poner en peligro las reclamaciones y defensas procesales legítimas del otorgante y de otras personas. De este modo, para la Guía UNCITRAL, dado que la enajenación extrajudicial de bienes gravados tiene la misma finalidad que una venta forzosa supervisada por un órgano jurisdiccional, la mayoría de los Estados no sólo imponen normas detalladas en cuanto al contenido de la notificación y al tiempo que debe transcurrir antes de que la venta pueda tener lugar, sino que también permiten a las partes interesadas recurrir y objetar el momento y la forma de la enajenación propuesta. De este modo la tendencia legislativa internacional se orientaría a la disposición de procedimientos acelerados especiales para que los recursos e impugnaciones puedan ser resueltos rápidamente. De este modo el acreedor ejecutante tendría la mayor flexibilidad en cuanto al momento y el método de disposición, el costo de la ejecución será, la ejecución más rápida y el producto recibido es más alto. Por todo ello la Guía UNCITRAL recomienda una regulación que permita flexibilidad a los acreedores garantizados y el aviso necesario para alertar a las partes interesadas de la ejecución y de la necesidad de proteger sus intereses si así lo desean. Y puesto que la finalidad de la notificación sería indicar el cauce jurídico concreto que se está ejerciendo, tal notificación debe ser comprensible para el otorgante (en el idioma del que pueda esperarse razonablemente que entiendan sus destinatarios, aunque bastaría con que el aviso al otorgante estuviese redactado en el idioma del acuerdo de garantía).

Como norma común, la Propuesta de Directiva establece la necesidad de tasar el valor a efectos de ejecución. En el párrafo cuarto del art. 24 se configura la obligación de los Estados miembros de velar por que el acreedor organice una valoración de los activos, a fin de determinar el precio de reserva o tipo en caso de subasta pública y venta privada. En concreto se establecer una serie de condicionantes: (1) que el acreedor y el prestatario empresarial estén de acuerdo con el tasador que vaya a nombrarse. En caso de no mediar acuerdo sobre el nombramiento el párrafo quinto establece que el tasador será nombrado por decisión de un órgano jurisdiccional, de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro en el que el prestatario empresarial esté establecido o domiciliado; (2) que la valoración sea realizada por un tasador independiente (interpretamos que no vinculado profesional o contractualmente a ninguna de las partes del procedimiento de ejecución ni del agente asistente, así como el resto de criterios de recusación obrante en cada Ordenamiento interno); (3) que la valoración sea justa y realista (si bien no se establecen la obligación del Estado de recurrir a normas fiables de tasación, como ocurre en el art. 19 de la Directiva 2014/17); (4) que la valoración se efectúe específicamente para los fines de la realización de la garantía real tras producirse el supuesto de ejecución; (5) que el prestatario empresarial tenga derecho a impugnar la valoración ante un órgano jurisdiccional de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro en el que el prestatario empresarial esté establecido o domiciliado.

Por regla general las normas descritas son notablemente favorables a los intereses del prestatario ejecutado. Y en especial la nº 4 aludida en el párrafo anterior. Al obligar a que la tasación del bien garantizado deba producirse una vez producido el supuesto de ejecución (como hemos comentado anteriormente el incumplimiento) se estaría

procurando una valoración lo más aproximada al valor real del bien, reduciéndose los posibles desequilibrios entre prestamista y prestatario (sobre todo prestatarios pymes) que pudieran producirse en la fase inicial de contratación.

Interpretamos que el art. 24-4 de la Propuesta de Directiva, de adoptarse finalmente, adquiriría un matiz imperativo: de someterse las partes al procedimiento extrajudicial acelerado tendrían la obligación de garantizar que el tipo o precio de reserva fuese un valor real actualizado del bien al momento del incumplimiento. Y si bien la mayoría de Ordenamientos internos estudiados lo procurarían, los ordenamientos que no establecen la posibilidad de que el tipo sea un valor real actualizado (como los arts. 682-2 1.º y 637 de la LEC española) deberían readaptar su legislación para evitar el incumplimiento con el Derecho de la Unión⁷⁵².

En relación a la apropiación o asignación directa, el párrafo tercero establece que, en caso de remitir el Derecho interno a esta forma de realización los Estados miembros velarán por que, en caso de apropiación, la diferencia positiva que deba abonarse al prestatario empresarial sea la diferencia entre el saldo vivo del contrato de crédito garantizado y la valoración del activo. Para la valoración del inmueble al momento del incumplimiento la Propuesta de Directiva no se remite a los criterios establecidos en el art. 24-4. Si bien y de forma teleológica se infiere que tal sería la forma de valoración (y máxime tratándose de un procedimiento con menos publicidad que la subasta y la venta), tal vez sería aconsejable que en el proceso legislativo expresamente se estableciese que el procedimiento de valoración del art. 24-4 ha de aplicarse a los supuestos de apropiación.

Destaca la inexistencia en la Propuesta de Directiva en materia de embargo. Como aclara CACHÓN CADENAS, los efectos que produce el embargo se consiguen con la prenda o la hipoteca (individualización de los bienes en el proceso de ejecución, que una vez se despache o inicie la ejecución los bienes se preordenen a la ejecución, y se originan de documentos con fuerza ejecutiva, si bien la hipoteca tiene origen extrajudicial a diferencia del embargo). De esta forma desde el punto de vista técnico resultaría innecesario embargar un bien hipotecado o pignorado porque incoada la ejecución se someterían al apremio⁷⁵³. Un ejemplo sería el proceso español de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que no se prevé la fase de embargo, como tampoco obligaría la Propuesta de Directiva para el procedimiento extrajudicial. Quedaría en el margen de apreciación legislativo de cada Estado miembro introducirlo o no.

El primero de los mecanismos de realización regulado es la subasta pública (art. 25 de la Propuesta de Directiva). A tenor del mismo los Estados miembros velarán por que la realización de las garantías reales mediante subasta pública se lleve a cabo de conformidad con una serie de condiciones. En consonancia con el método de armonización elegido, no se regula la totalidad de las fases de la subasta, sino que se

⁷⁵² QUESADA LÓPEZ, P. M., «La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecarios. Impacto del Derecho europeo», cit., pp. 1191 y ss.

⁷⁵³ CACHÓN CADENAS, M. J., *El embargo*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 101.

establecen principios y orientaciones generales de obligado cumplimiento para los Estados miembro.

El primero (1) sería que el acreedor haya comunicado públicamente el momento y el lugar de la subasta pública con al menos diez días de antelación. No se especifica si la fecha y lugar puede comunicarse o no en la notificación inicial (adicionalmente al plazo para que pueda hacer frente a la deuda). En tal caso habrá que atender a las normas nacionales la concreción del órgano subastador y la sede o lugar donde tendrá lugar. En segundo lugar (2) que el acreedor haya procurado razonablemente atraer al mayor número posible de compradores potenciales, lo que sería consecuencia de la debida publicidad. Como comentaremos más abajo, este punto de la Propuesta de Directiva adolece de una gran insuficiencia a la hora de garantizar una publicidad que permita obtener un valor lo más cercano al de mercado (pretendida en la Exposición de Motivos y el Informe de Impacto) debido al sistema elegido como referencia por el prelegislador europeo. En tercer lugar (3) que el acreedor debe haber notificado al prestatario empresarial y, en su caso, a terceros con un interés en el activo o derecho sobre el mismo (donde podría incluirse el tercer poseedor) la celebración de la subasta pública, así como el momento y lugar de esta, con al menos diez días de antelación. En cuarto lugar (4) y como se ha comentado en párrafos anteriores, que se haya llevado a cabo una valoración del activo antes de la subasta pública. Y en quinto lugar (5) que el precio de reserva del activo o tipo sea, como mínimo, igual al importe de la valoración determinado antes de la subasta pública conforme al criterio antes apuntado.

En cualquier caso el art. 25 posibilita que el activo pueda venderse con una reducción no superior al 20 % del importe de la valoración siempre que se cumplan dos condiciones (de forma cumulativa): A) que ningún comprador haya presentado una oferta que se ajuste a los requisitos mencionados y B) que exista una amenaza de deterioro inminente del activo⁷⁵⁴. Si aun así fuese necesario celebrar una segunda subasta (por quedarse desierta al no acudir licitadores o las pujas no se adecúen a los requisitos del art. 25, aún rebajado el umbral del tipo mínimo), el art. 25 permite que en la ulterior subasta el activo pueda venderse con la reducción adicional que determine el Estado miembro.

Nuestra crítica principal al modelo de subasta que la Comisión pretende introducir en su Propuesta de Directiva es la poca publicidad que se derivará del mismo, a pesar de que como se señala en el p. 12-3 del informe de impacto el procedimiento de ejecución pretende garantizar la maximización del valor colateral del activo. Dentro de los modelos de realización del activo el prelegislador de la Unión ha preferido, incomprensiblemente, tomar como referencia modelos como el francés, con una subasta puramente presencial en la que el acreedor individualmente asume el protagonismo de la preparación de la

⁷⁵⁴ No logramos entender en su totalidad por qué el prelegislador opta por establecer el riesgo de deterioro como motivo legal para rebajar el valor de tipo de la subasta (lo que no se explica ni en la Exposición de Motivos ni en el Informe de Impacto). Si esta amenaza de deterioro viene dada por una persona que ocupe el bien inmueble (supuesto habitual de riesgo inminente) la respuesta habitual de los Ordenamientos jurídicos Estados miembros pasa por posibilitar la acción de devastación. En España, por ejemplo, se prevé en el art. 117 de la Ley Hipotecaria.

subasta y su publicidad tiende a ser limitada en comparación con los modelos de España y Portugal, en los que se ha implantado con éxito la subasta electrónica.

Como se ha puesto de relieve anteriormente, un sistema de subasta electrónica permite conocer en todo momento los procedimientos abiertos y facilitar información casi ilimitada tanto de la subasta como del bien, y asimismo permitir a cualquier persona que reúna los requisitos técnicos (siendo el más importante contar con un servidor y acceso a internet, de uso común entre la población) pujar casi en cualquier momento y desde cualquier lugar. De esta forma se maximizaría la concurrencia de licitadores (en tanto que todos los interesados en adquirir un inmueble sabrían que el lugar para presentar la puja sería a través de dicho Portal, con independencia de la ciudad o la entidad ejecutante), limitando las posibles maniobras del acreedor o terceros interesados que puedan ir en perjuicio de los intereses económicos del prestatario y haciendo que el valor de adjudicación tienda lo máximo posible al de mercado.

De hecho, en atención al fundamento de la Directiva, como es la consecución de un mercado interior fuerte e interconectado, cabría preguntarse si hubiese sido la mejor oportunidad (a pesar del coste administrativo que supondría) de crear un Portal Europeo de Subastas, donde se publiciten las subastas de todos los procedimientos extrajudiciales acelerados y cualquier ciudadano o empresa de la Unión tenga la posibilidad real y efectiva de pujar desde cualquier Estado miembro.

El segundo mecanismo de realización sería la venta privada. Como se define en el Informe de Impacto (p. 9-2-3), mediante la venta privada el banco se encargará de vender los bienes en nombre del deudor con el fin de recuperar el máximo valor de la venta. Para ello el art. 26 de la Propuesta de Directiva establece unas garantías similares a las de la subasta (el acreedor debe procurar atraer, con publicidad adecuada, a compradores potenciales; debe notificarse al acreedor y terceros interesados; debe valorarse el activo conforme a los estándares del art. 24; que el precio de orientación sea igual al determinado para la valoración, pudiéndose vender con una reducción no superior al 20 % del valor si ningún comprador hubiese presentado una oferta que se ajuste a los requisitos mencionados en un plazo de treinta días y exista una amenaza para el deterioro del inmueble).

En el caso de que la venta privada no prospere en el plazo de treinta días desde que se hubiese puesto en venta, el art. 26 dispone que los Estados miembros velarán por que el acreedor promocióne públicamente la venta durante un período adicional de treinta días, como mínimo, antes de finalizarla. En la segunda tentativa de venta privada el activo podrá venderse con la reducción adicional determinada por el Estado. Resulta poco lógico el sentido de esta norma, en tanto que el propio artículo 26 ya establece que el acreedor ejecutante deberá procurar atraer a los acreedores interesados empleando la publicidad adecuada.

El empleo de los múltiples conceptos indeterminados de los que hace uso el prelegislador europeo aumenta la incertidumbre de la norma que ciertamente se propuso disipar a la hora de iniciar un esfuerzo armonizador. Y lo hace exactamente al no precisar

el tipo de publicidad que ha de exigirse (de publicidad en diario oficial, páginas web habilitadas u otros medios de comunicación), o si debe ser un grado mayor al realizado *motu proprio* a través de sus agentes o entidades. Todo ello se podría solventar mediante la creación, como se ha señalado anteriormente, de un Portal de Subastas Europeo donde se publiciten igualmente las ventas forzosas llevadas a cabo de conformidad a la Directiva.

Realizado el activo garantizado, el art. 29 de la Propuesta de Directiva establece que el acreedor estará obligado a abonar al prestatario empresarial cualquier diferencia positiva entre el saldo vivo del contrato de crédito garantizado y el producto de la venta del activo. Es decir, una vez satisfecho plenamente tendrá que entregar el remanente al ejecutado. La Propuesta de Directiva no establece qué parte tendrá que soportar los costes del procedimiento extrajudicial (en especial cuando en virtud del Derecho nacional deba de ser asistido de profesional cuyos honorarios deban de ser abonados a expensas de las partes). Al guardar silencio la Propuesta tal cuestión quedará ordenada en los respectivos Derechos nacionales⁷⁵⁵, y ante la asimetría de regímenes (sobre todo ante la intervención extrajudicial) nos preguntamos si sería deseable el establecimiento en la Propuesta de Directiva de criterios para determinar qué parte y en qué proporción debería asumir los costes del procedimiento, o si se considerarían parte del saldo vivo de la ejecución.

Ahora bien, en caso de que el importe obtenido tras la realización fuese inferior al saldo vivo del contrato de crédito garantizado, el art. 30 de la Propuesta de Directiva establece que los Estados miembros podrán prever la liquidación de todas las obligaciones derivadas de dicho contrato, con arreglo a la legislación nacional aplicable. De este modo, y en consonancia con la mayoría de tradiciones jurídicas de los Estados, se permitiría la posibilidad de reclamar la cantidad que falte para satisfacer el saldo del crédito garantizado si el producto de la realización del activo garantizado fuese insuficiente. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acogerse al procedimiento de exoneración de deudas o *fresh start* regulado entre los arts. 20 a 24 de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones

VII. EL DERECHO DEL PRESTATARIO A IMPUGNAR LA EJECUCIÓN

⁷⁵⁵ Una de las problemáticas que se han apuntado como inconvenientes que restarían atractivo al procedimiento extrajudicial hipotecario, desde el Derecho interno español, sería la cuestión de los honorarios del letrado. En el mismo no se incluirían los honorarios del Letrado en la partida de gastos de la ejecución extrajudicial, al entenderse de naturaleza potestativa. De este modo tales gastos serían asumidos por la parte que los utiliza. Vid. ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 166.

La regulación de los derechos del prestatario en el seno del procedimiento de ejecución extrajudicial constituye una cuestión capital y afecta de manera directa a la simetría de las partes del procedimiento, así como al derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 47 CDFUE que las instituciones de la Unión deben observar a la hora de codificar el Derecho de la Unión.

La Guía Legislativa UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas de 2010 parte de la necesidad de garantizar una supervisión de la ejecución (p. 280). Ante la ejecución extrajudicial iniciada, el prestatario podrá impugnar las pretensiones del acreedor garantizado en relación a la existencia del incumplimiento o el cálculo por parte de éste de la suma adeudada a raíz del incumplimiento. De hecho y bajo el criterio de la Guía constituiría una cuestión de orden público que los Estados dispongan que los prestatarios tengan derecho a solicitar a los tribunales que confirmen, rechacen, modifiquen o controlen de otro modo el ejercicio de los derechos de ejecución de un acreedor. No se trataría de tratar de paralizar a los acreedores garantizados con procedimientos judiciales innecesarios, sino de permitir que los otorgantes y otras partes interesadas velen por el respeto de los procedimientos posteriores al incumplimiento. En vista a este objetivo, para asegurar que las impugnaciones de los otorgantes a la ejecución se puedan despachar con eficiencia en términos de tiempo y costes, muchos Estados sustituyen las reglas normales del procedimiento civil por procesos judiciales de conocimiento sumario o rápido (*expedited judicial proceedings*) en tales casos. Según la Guía UNCITRAL ello se materializaría aspectos en la concesión a los prestatarios y a otras partes interesadas de un plazo limitado para presentar una demanda o defensa. Otros Estados solo permitirían a los otorgantes impugnar después de que se haya realizado la ejecución, en el momento en que se distribuya el producto de la ejecución o cuando el acreedor garantizado trate de que se le atribuya alguna diferencia en el producto de la realización⁷⁵⁶. En cualquier caso, con mayores o peores repercusiones, los estándares internacionales apuntan a la necesidad de garantizar un derecho del prestatario a impugnar la ejecución ante un órgano jurisdiccional como cuestión de orden público.

El derecho del prestatario a impugnar la ejecución se regularía en el art. 28 de la Propuesta de Directiva: los Estados miembros velarán por que el prestatario empresarial tenga derecho a impugnar, ante un órgano jurisdiccional nacional, el uso del mecanismo

⁷⁵⁶ Además, dado que todas las impugnaciones retrasarían la ejecución y aumentarían su costo, la Guía UNCITRAL refleja que muchos Estados también incorporan salvaguardias al proceso para disuadir a los otorgantes de presentar reclamaciones infundadas. Entre ellas figuran los mecanismos procesales, como la adición de las costas de los procedimientos a la obligación garantizada en caso de que no prosperen, o la exigencia de declaraciones juradas (*affidavits*) de los otorgantes como requisito previo para iniciar esos procedimientos. Algunos Estados también permiten a los acreedores garantizados reclamar daños y perjuicios a los otorgantes que entablen procedimientos temerarios o que no cumplan con sus obligaciones y añadir esos daños y perjuicios a la obligación garantizada. En cualquier caso, la Guía recomienda establecer un criterio de indemnización compensatoria si el acreedor o deudor garantizado no cumple alguna de sus obligaciones posteriores al incumplimiento.

de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales bajo dos motivos: (1) cuando la venta de los activos aportados como garantía no se haya llevado a cabo de conformidad con las disposiciones nacionales de transposición del artículo 24-3 (relativo a los requisitos de apropiación o adjudicación directa), así como de los artículos 25 y 26 (garantías de la subasta pública y venta privada), o (2) cuando la valoración de los activos no se haya efectuado de conformidad con las disposiciones nacionales de transposición del artículo 24, apartado 4 (requisitos de la tasación a efectos de ejecución).

El legislador de la Unión parece desglosar la tramitación del procedimiento extrajudicial de ejecución acelerada en dos esferas. Por un lado, el procedimiento tendente a la venta forzosa del bien inmueble, tramitado por autoridades o profesionales que no son órganos jurisdiccionales⁷⁵⁷, y las posibles impugnaciones que puedan surgir de dicho procedimiento, controlando la ilicitud de la ejecución⁷⁵⁸ que dado su carácter contencioso

⁷⁵⁷ Siendo invocable en este sentido la teoría antes referida de LORCA NAVARRETE, A. M., *La huida de la ejecución de la jurisdicción y su impulso procesal por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución. Veinte años de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000-2020*, cit., p. 5, de que la ejecución en sí no sería materialmente jurisdiccional (en relación al caso español) dadas las amplísimas competencias asumidas por el Letrado de la Administración de Justicia como personal colaborador con la Administración de Justicia pero no juzgador. En similar línea ROCA SASTRE, R. M. Y OTROS, *Derecho Hipotecario. Tomo X*, cit., p. 483, quienes sostienen que en puridad ni el proceso judicial de ejecución hipotecaria ni en el procedimiento extrajudicial se trata de juzgar ni de ejecutar lo juzgado, sino controlar el ejercicio del derecho a enajenar la cosa hipotecada (y muestra de ello sería la carencia del efecto de cosa juzgada con la consiguiente posible revisión posterior). Algunos autores como GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado. Estudio y formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 62-66, consideran que la venta extrajudicial española se trata de una forma pactada de hacer efectivo el derecho del acreedor encajable en la función notarial en tanto que se limita a canalizar el *ius distrahendi*, al remitir el legislador cualquier acto que suponga contradicción u oposición a la jurisdicción. El *ius vendendi* o derecho de venta se realizaría de forma aséptica mediante la intervención notarial provocándose tan solo inscripciones y cancelaciones registrales derivadas de la venta sin acudir a la vía coactiva. En ese sentido se compara con otras actuaciones notariales, como la revocación o resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa cuando media una condición resolutoria que se incumple por falta de pago del comprador, y se vuelve a inscribir a nombre del vendedor de conformidad al art. 59 del Reglamento Hipotecario. De este modo a juicio de GÓMEZ-FERRER no se ejercitaría ninguna acción (cuya competencia quedaría reservado al Poder Judicial) sino que se instaría la venta ante el notario que controlaría la legalidad y formalidad impuestas por la Ley y el Reglamento Hipotecario, sin juzgar ninguna de las cuestiones ni general el efecto de cosa juzgada, salvo que exista litigio o contención (en cuyo caso se trasladaría el conflicto al conocimiento ante un juez). En definitiva bajo la hipótesis de dicho autor no habría ni acción ni conflicto intersubjetivo visible (al igual que en la jurisdicción voluntaria), salvo que el ejecutado se oponga y pidan la suspensión, en cuyo caso se convertiría en contencioso.

⁷⁵⁸ En palabras de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*, cit., pp. 437-438, como sinónimo de antijuridicidad o contrariedad a derecho que pueda darse en el procedimiento ejecutivo, o ilicitud de todos o algunos actos ejecutivos en supuestos como carencia de presupuestos procesales, no presentación de título ejecutivo o nulidad del mismo, así como su carácter formalmente irregular del mismo título. De este modo el juez debe velar por la licitud formal de la ejecución. Para CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones procesales prácticas. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, cit., p. 952, un régimen de impugnación (oposición en el modelo español) es incompatible con la naturaleza de un proceso extrajudicial (ante notario) que, por definición, no es apto para admitir oposición que dé lugar a un incidente contradictorio, en tanto que dicha resolución forma parte de la función jurisdiccional atribuida exclusivamente a los jueces (en el art. 117 de la Constitución española) y la actuación del notario se ubica más en la “jurisdicción voluntaria” en la que no habría controversia alguna.

tendrían que ser conocidas por los jueces y tribunales de los diferentes Estados miembros⁷⁵⁹.

A diferencia del criterio principal establecido en el desarrollo del procedimiento, en la tramitación de la impugnación de la ejecución por el prestatario sí se exige que el órgano que conozca del mismo tenga la naturaleza de órgano jurisdiccional, integrado en la estructura de poder judicial del Estado miembro correspondiente.

Con carácter principal, y como se apunta en el p. 9.2.3. del Informe de Impacto, los Estados Miembros deberían poder decidir sobre los efectos, suspensivos o no, de tales impugnaciones. El equilibrio adecuado entre el poder del tribunal y la ejecución extrajudicial debería dejarse en manos de los Estados Miembros. En tal caso, primaría el principio de autonomía procedimental en lo que respecta a la elección de medios y formas. Como se ha analizado en el apartado de estudio comparado, la mayor parte de Estados miembros establecen diferentes mecanismos en los que el ejecutado tendría la oportunidad de plantear alegaciones y pruebas: un incidente de oposición a la ejecución (en España, Francia y Portugal), una fase de audiencia preliminar a la realización (Francia) o un conocimiento de naturaleza sumaria o *prima facie* (Irlanda). En función de la tradición jurídica concreta cada Estado adoptará una forma procesal concreta para canalizar las pretensiones del ejecutado y los posibles recursos contra la resolución del Órgano jurisdiccional. En todo caso, de aprobarse esta norma, los Estados miembros deberán observar en todo caso la obligación de establecer los cauces jurídicos necesarios para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión y el principio de efectividad que dimanaría del art. 19-1 párrafo 2º TUE para que el prestatario pueda impugnar la ejecución bajo los motivos del art. 28 propuesto⁷⁶⁰.

Cuestión problemática estribaría en los motivos de impugnación. Si bien la Propuesta de Directiva no impide que los Estados puedan establecer un régimen amplio en relación a los motivos de oposición, sí establece dos mínimos (señalados más arriba), pudiendo cumplir los Estados miembros al limitar el conocimiento judicial de la impugnación a los mismos⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Es preciso recordar que a efectos de Derecho de la Unión (y en concreto de la posibilidad de plantear cuestión prejudicial de conformidad al art. 267 TFUE) en virtud de las Recomendaciones del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2012/C 338/01), DOUE C 338/1 de 6.11.2012, en su punto noveno se especifica que el TJUE ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un concepto autónomo del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta, a este respecto, un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le remite la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte de dicho órgano de normas jurídicas, y su independencia.

⁷⁶⁰ QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, cit.

⁷⁶¹ Es preciso recordar, como se ha hecho más arriba, que la jurisprudencia del TJUE (si bien aplicada a los derechos del consumidor, asunto C-415/11) ofrece una protección especial en relación a los derechos procesales del consumidor involucrado en un proceso de ejecución hipotecaria, donde el conocimiento limitado del juez que no comprenda la aplicación de la Directiva 93/13 es considerado como contrario a la misma.

A este respecto conviene señalar que ordenamientos jurídico-procesales como el español establecen un sistema de motivos de oposición limitados en el seno del proceso de ejecución (debiendo ventilarse el resto de motivos impugnatorios fuera del procedimiento y sin carácter suspensivo). Y el legislador de la Unión ha olvidado incluir un importante motivo de oposición: que el prestatario ejecutado tenga la condición de consumidor a los efectos del artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE, o que el bien inmueble constituye la residencia principal de un prestatario empresarial. Con mayor motivo en razón al esfuerzo del legislador europeo de desarrollar el proceso extrajudicial acelerado al margen del Derecho europeo de consumo.

En tanto que, como se ha estudiado, el procedimiento que pretende instituir la Comisión es extrajudicial y no tiene una fase de admisión a trámite controlada por un órgano de naturaleza jurisdiccional (donde podría entrar a conocer de oficio, cumpliendo con los estándares de las Sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, Banco Español de Crédito y de 18 de febrero de 2016, y C-49/14, caso Finanmadrid), cabría la posibilidad jurídica de que el procedimiento extrajudicial acelerado fuese iniciado contra una persona respecto del cual el acreedor ejecutante considerase que se trata de un empresario y en lugar de ello tuviese la condición de consumidor. No en vano, como se ha apuntado en anteriores notas a pie de página en relación a la Sentencia de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, caso Costea y Autos derivados, cabría la posibilidad de que incluso interviniendo en la operación de constitución de préstamo en calidad de empresario tuviese la condición de consumidor a efectos de la Directiva 93/13.

De este modo, y atendiendo a la dinámica procedimental proyectada para el proceso extrajudicial acelerado que se analiza en el presente apartado, resultaría de vital importancia subsanar el grave defecto cometido por el prelegislador europeo para permitir al prestatario ejecutado invocar el motivo de impugnación arriba señalado, pues de aprobarse definitivamente el texto y una vez transpuesto habría un elevado riesgo de vulneración de los Derechos fundamentales de respeto a la vida privada y familiar (art. 7), propiedad (art. 17) y tutela judicial efectiva (47) de posibles consumidores afectados (todos ellos de la CDFUE) por parte del legislador de la Unión en las respectivas transposiciones que se produzcan de la Directiva. Y todo ello en razón a la interpretación ofrecida por el TJUE en casos como Aziz (asunto C-415/11) y Kušionová (asunto C-34/13).

El legislador europeo debe tener en cuenta otra circunstancia fundamental: debe garantizarse que el control de oficio sea llevado a cabo por un órgano jurisdiccional en cualquier caso⁷⁶². Si bien, como se especifica en el objeto y ámbito de aplicación de la propuesta de reglamento el proceso extrajudicial se dirigiría *ex lege* frente a consumidores ni frente a la vivienda habitual del empresario, no habría ninguna obligación por parte de determinados profesionales que intervienen y dirigen determinados procedimientos extrajudiciales de ejecución (como los notarios) de llevar a cabo dicho control de oficio.

⁷⁶² Como apunta JIMÉNEZ CONDE, F., «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., SIGÜENZA LÓPEZ, J., TOMÁS TOMÁS, S. y CASTILLO FELIPE, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 104.

Como apunta la doctrina del TJUE, las obligaciones que el Derecho europeo configura para el ejercicio de la función judicial no son aplicables a la función notarial dadas sus diferencias, lo que se haría extensivo a la facultad de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales⁷⁶³. De este modo hubiese sido necesario, para garantizar al máximo el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de invocar de oficio el carácter abusivo de una cláusula como facultad necesaria para garantizar una protección efectiva, en la línea con sentencias como *Océano* (C-240/98) y en especial *Banco Español de Crédito* (C-618/10) establecer la obligación del notario para examinar de oficio, cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, si el prestatario ejecutado es realmente un consumidor o si la ejecución se dirige contra la vivienda habitual para o bien los profesionales extrajudiciales denieguen sus servicios, examine el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato (si lo atribuye la legislación nacional) o quedase libre la vía judicial para el control de dichas cláusulas. En tal caso se contribuiría a evitar que el procedimiento se dirija contra los sujetos protegidos bajo el Derecho europeo de consumo, o se respetasen las garantías vertebradas en otras áreas del Derecho de la Unión. Entendemos muy necesaria una revisión de la Propuesta de Directiva en tal sentido.

VIII. LA CESIÓN DE CRÉDITOS Y LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA. EL PROBLEMA DE LA TITULIZACIÓN

El art. 31 de la Propuesta de Directiva establece que los Estados miembros velarán por que, cuando una entidad de crédito o una filial de esta cedan a terceros un contrato de crédito garantizado que otorgue el derecho a recurrir a la ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales, esos terceros adquieran el derecho a utilizar el mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales en caso de impago del prestatario empresarial en las mismas condiciones que la entidad de crédito.

La ejecución del crédito cedido a otra entidad ha supuesto una cuestión de debate jurídico, como es muestra la Sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, caso *Demba*. En el mismo se discutió si la práctica empresarial de compra de deuda del consumidor, sin su consentimiento ni conocimiento, resultaba contraria tanto al principio de efectividad contenido en el art. 7

⁷⁶³ Como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2015, caso *ERSTE Bank Hungary*, asunto C-32/14, p. 47, vid. QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, cit., pp. 208 y ss.

de la Directiva 93/13 como al art. 38 CDFUE. Como aclaró el TJUE del art. 1-1, y 3-2 de la Directiva 93/13, así como de la concepción general de la misma, se deducía que la Directiva se aplica únicamente a las cláusulas contractuales y no a las meras prácticas (p. 39). De este modo se interpretó que el Derecho europeo de consumo no resulta aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor y ello, aunque tal posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo y sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento o se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda (p. 47). Este caso da cuenta de las dificultades interpretativas que la práctica de la cesión del crédito podría llegar a adquirir.

De este modo la Propuesta de Directiva clarifica u obliga a clarificar las posibles dudas que puedan suscitarse respecto a la ejecutabilidad del crédito cedido⁷⁶⁴ conforme a los Ordenamientos internos, otorgando al tercero adquirente del crédito el mismo derecho que la entidad de crédito (sobre todo si el adquirente carece de la condición de entidad de crédito, no incluido *a priori* entre los legitimados activamente para acudir al procedimiento) para dirigir la ejecución sobre el bien garantizado por el procedimiento extrajudicial. De esta forma el legislador europeo ampliaría la legitimación para recurrir al procedimiento extrajudicial, de manera extraordinaria, al cesionario del crédito aun no encajando en el concepto de entidad de crédito.

En relación a cesiones transfronterizas de créditos en la actualidad se encuentra publicada otra Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos (COM/2018/096 final). Como se recoge en el punto primero de la exposición de motivos, uno de los fundamentos de la armonización sería limitar, en caso de insolvencia, los posibles riesgos derivados del sometimiento a examen judicial de las cuestiones relativas a la propiedad y el carácter ejecutorio de los derechos derivados de las transacciones transfronterizas, pudiendo conllevar pérdidas inesperadas.

Si bien con la Propuesta de Directiva quedaría aclarado el carácter ejecutivo, mayor incertidumbre se conformaría en relación a la llamada titulización o *securitization*. Como define el considerando primero del Reglamento 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2017 por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple,

⁷⁶⁴ Como pone de relieve la Guía Legislativa UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas de 2010 (p. 18), las modalidades de cesión del crédito pueden ser de gran complejidad en función del ordenamiento y prácticas admitidas en cada Estado. A modo de ejemplo podrían citarse la transferencia fiduciaria de la titularidad (*fiduciary transfer of title*), en virtud del cual con la operación se transmite la propiedad del bien del prestatario al prestamista. Esta modalidad se utilizaría tanto para garantizar las líneas de crédito operativo como para garantizar los préstamos a plazo. Se encuentran principalmente en Estados en los que el régimen de operaciones garantizadas no suele reconocer las garantías reales sin desplazamiento. E igualmente la venta y arrendamiento con opción de compra (*sale and lease-back transaction*). Con el mismo una empresa puede obtener crédito sobre la base de sus bienes corporales existentes (normalmente bienes de equipo), conservando al mismo tiempo la posesión de esos bienes y el derecho a utilizarlos en la explotación de su negocio. En una transacción de venta y arrendamiento con opción a compra, la empresa venderá sus activos a otra persona por una suma determinada (que la empresa podrá utilizar luego como capital de explotación, para realizar gastos de capital o para otros fines). Simultáneamente con la venta, la empresa arrendará el equipo a esa otra persona por un plazo de arrendamiento y a una tasa de alquiler especificada en el contrato de arrendamiento.

transparente y normalizada, la titulización consistiría en operaciones que permiten a un prestamista o un acreedor (normalmente una entidad de crédito o una sociedad) refinanciar un conjunto de préstamos, exposiciones o derechos de cobro, incluyéndose los préstamos garantizados mediante bienes inmuebles residenciales. El mecanismo de refinanciación sería mediante la transformación del préstamo o derecho en cuestión, en valores negociables. De esta forma el prestamista agrupa y reempaqueta una cartera de préstamos, y los clasifica en diferentes categorías de riesgo para diferentes inversores, dándoles la posibilidad de invertir en préstamos y otras exposiciones. Los rendimientos para los inversores se generan a partir de los flujos de efectivo de los préstamos subyacentes, así como de los intereses derivados del cobro del préstamo.

A este respecto, la Guía Legislativa UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas de 2010 precisa que la titulización es una forma sofisticada y compleja, cuya regulación depende en gran medida del régimen jurídico del Estado en cuestión pero que implicaría una transferencia a otra entidad con fines especiales por medio de la venta de los valores. Dado que la fuente de crédito serían los mercados de capital y no el sistema bancario, la titulización puede generar mayores cantidades de crédito a un costo inferior al de los préstamos bancarios normales (pp. 16-17).

El problema de la titulización y su repercusión procesal estribaría en el hecho de que en determinados Ordenamientos internos (como el español) la normativa sobre mercado hipotecario y comercialización de valores no deja clara la titularidad del crédito (como sí ocurre con la cesión) una vez realizada la operación. Esto podría generar problemas, tanto para el emisor del valor titularizado como para el adquirente, a la hora de acreditar la legitimación activa en el procedimiento de ejecución de la hipoteca⁷⁶⁵.

De este modo entendemos que el legislador de la Unión, al igual que aborda legislativamente una institución sencilla como es la cesión del crédito garantizado, debería haber procurado clarificar el acceso al procedimiento extrajudicial acelerado de préstamos garantizados objeto de titulización. Y en particular si la legitimación activa del procedimiento recaería sobre el titular del crédito titularizado o sobre el titular del valor derivado del mismo, pues de lo contrario se incrementaría el riesgo del desarrollo de una regulación diferenciada en cada uno de los Estados miembros que podría limitar, en mayor o menor grado, el acceso al procedimiento que se pretende configurar.

⁷⁶⁵ CABRERA MERCADO, R. Y QUESADA LÓPEZ, P. M., «La legitimación activa en los supuestos de titulización hipotecaria: consecuencias en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 125, 2017, pp. 6 y ss.

XIX. LA CONCURRENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ACELERADO CON PROCESOS DE INSOLVENCIA

El último de los aspectos de relevancia para la adaptación de los Ordenamientos internos al procedimiento de ejecución acelerado sería su relación con los eventuales procedimientos de insolvencia que pudiesen iniciarse contra el prestatario ejecutado.

De entrada es preciso tener en cuenta que, como establece el art. 8 del Reglamento 2015/848 de 20 de mayo de 2015 los procesos iniciados o que pudiesen iniciarse por acreedores con garantía real y se encuentren en el territorio de otro Estado miembro no se ven afectados la apertura del procedimiento de insolvencia⁷⁶⁶.

El primero de los preceptos propuestos orientados a tal fin sería el art. 27: los Estados miembros dispondrán que la prioridad asociada a derechos sobre la misma garantía real que entren en competencia no se vea afectada por la ejecución de uno de esos derechos, por medio de las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva.

Como se apunta en el Informe de Impacto de la Propuesta de Directiva (p. 9-2-3), en tanto que el procedimiento de ejecución extrajudicial acelerado europeo se pretende que tenga eminentemente repercusiones procesales y no configure una nueva garantía real diferente a las ya reguladas en los ordenamientos internos de los Estados (opción descartada por la Comisión en la Propuesta, como se ha hecho referencia), la *voluntas legis* pasaría por no afectar a la clasificación de las normas y principios de los acreedores de los Estados miembro en relación a la orden de prelación de los créditos en los respectivos Derechos de insolvencia (en aspectos como los principios de *par conditio creditorum* y *pari passu*, así como el privilegio hipotecario). Como se ha analizado, una gran parte de los ordenamientos de insolvencia internos analizados respeta, en mayor o menor extensión, un privilegio en la asignación al deudor hipotecario del producto de la enajenación del propio bien garantizado, y de igual forma la prioridad constituiría un principio del derechos de garantía en un proceso de insolvencia en la Guía Legislativa UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas de 2010 (p. 425), si bien se admite que los derechos que tiene un acreedor garantizado al margen del procedimiento de insolvencia tengan que modificarse o verse afectados.

De este modo cabría interpretarse que la adaptación de la normativa interna del proceso de ejecución extrajudicial no afectará a las normas y principios nacionales de los

⁷⁶⁶ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Eficacia transfronteriza del trámite de acuerdo extrajudicial de pagos en relación con procesos extranjeros conforme a la normativa europea», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 375.

procedimientos previos a la insolvencia y de insolvencia, que en caso de conflicto prevalecerían en la medida en que lo permita el derecho nacional. Por ello el prelegislador de la Unión no impediría que tales disposiciones tengan los efectos deseados, manteniendo así el equilibrio de los intereses de los deudores y los acreedores y el orden de prelación interno de los distintos acreedores. O lo que es lo mismo, la introducción del procedimiento de ejecución europeo en el marco nacional no afectaría al derecho nacional de insolvencia de los Estados miembros, y en particular de la prioridad que los Ordenamientos internos establezcan para el cobro del producto derivado de la ejecución.

Otra de las disposiciones de incidencia en los procesos de insolvencia es la propuesta del art. 32. En virtud del mismo las normas de procedimiento de ejecución se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva. De igual modo los Estados miembros velarán por que, cuando se inicie un procedimiento de insolvencia en relación con un prestatario empresarial, la realización de las garantías reales con arreglo a la legislación nacional de transposición de la Propuesta de Directiva comentada esté sujeta a una suspensión de las acciones de ejecución individuales de conformidad con la legislación nacional aplicable.

Como ha quedado reflejado en el epígrafe relativo a los modelos comparados, la mayoría de Estados prevén la suspensión de los procedimientos de ejecución individuales (incluidos los derivados de la ejecución de garantía hipotecaria) ante el inicio de un procedimiento de insolvencia, en gran parte de los mismos con independencia de la fase en la que se encontrase el procedimiento de insolvencia. La suspensión de la ejecución tiene una extensión diferenciada, variando en función de la fase en la que se encuentre el procedimiento de insolvencia del Estado miembro correspondiente. En cualquier caso, tal será materia competente del ordenamiento interno de cada Estado y sometido al principio de autonomía procesal.

Es así que, como argumenta el Informe de Impacto de la propuesta de Directiva (p. 9-2-3) el procedimiento extrajudicial debe ser coherente y complementario con la normativa sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad. Por ello se considera de sustancial importancia la garantía de que una vez que se inicie un procedimiento de reestructuración se conceda una suspensión de las acciones de ejecución individuales. Esta suspensión del derecho a ejecutar sería temporal, y la Propuesta de Directiva no establece ni el máximo ni el mínimo de la extensión temporal de dicha suspensión, ni su vinculación al inicio o no de una reestructuración preventiva conforme a la Directiva 2019/1023. Quedaría de tal modo en el seno de la autonomía procesal de cada uno de los Estados miembros el definir la extensión temporal de la suspensión del proceso extrajudicial, así como la fase de la insolvencia en la que se reanudaría la ejecución extrajudicial (entendiéndose limitada en todo caso con las respectivas aperturas de la fase de liquidación o enajenación de los bienes de la persona sometida a insolvencia).

CONCLUSIONES

Del análisis de las cuestiones tratadas en los capítulos anteriores podemos extraer las siguientes conclusiones:

I. Pueden distinguirse dos dimensiones de armonización europea del proceso civil, con bases jurídicas diferenciadas. Por un lado, la derivada del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, de naturaleza horizontal. Y por otro la armonización que vendría predicada por otras bases jurídicas específicas como la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, de naturaleza vertical o sectorial.

II. El art. 345 TFUE prevé que los Tratados no pueden prejuzgar en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Dicho precepto, por su interpretación teleológica y jurisprudencial no constituiría ningún obstáculo para el desarrollo de un derecho de propiedad europeo o una regulación europea común en materia de derechos reales.

No obstante, dicho artículo no atribuye implícitamente a la Unión la competencia para regular los Derechos reales inmobiliarios de los Estados miembros. Para ello será necesario recurrir a otras bases jurídicas previstas en los Tratados de Derecho primario.

III. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) ha tenido como objetivo ofrecer a los ciudadanos de la Unión un marco regulatorio sin fronteras internas, partiendo de la premisa de que las libertades del mercado interior y las libertades que derivan del mismo conllevan la necesidad de ofrecer un alto nivel de justicia. De esta forma la evolución legislativa de la Unión se ha centrado en abordar los asuntos derivados de la impartición de justicia, como consecuencia del proceso de integración europea.

IV. La configuración general del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se regula en el art. 67-1 del TFUE, como competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros de conformidad al art. 4-2 j) TFUE. Configura, en primer lugar, los requisitos de la política de seguridad para garantizar la libre circulación de las personas dentro de la Unión.

El art. 67-1 TFUE se refiere específicamente al respeto de los Derechos fundamentales del CDFUE como requisito que la legislación en materia de la Unión habrá de respetar, que en cualquier caso se exige de manera general para todo el Derecho de la Unión en virtud del artículo 6 del TUE que confiere a CDFUE el mismo valor jurídico que los Tratados y establece que los derechos fundamentales son principios generales del Derecho de la Unión.

V. Asimismo el párrafo 4º del art. 67 TFUE establece igualmente una obligación general, dirigida al legislador de la Unión, para facilitar “la tutela judicial”. Los principios enunciados en dicho artículo, como el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, así como todos aquellos en los que se sustente una armonización en materia de Derecho procesal civil tienen que coexistir y ser compatibles con el Derecho a la tutela judicial efectiva, igualmente consolidado en el art. 47 CDFUE.

De la lectura del art. 67-4 TFUE entendemos que establece es un criterio inspirador para interpretar la legislación de la Unión que pueda tener una mayor repercusión en el ámbito judicial, en lugar de una base jurídica en materia procesal

VI. La cooperación judicial en materia civil tiene por objeto facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, con el fin de permitir que una sentencia dictada en un Estado miembro tenga repercusiones en otro, satisfaciendo de este modo la finalidad de libre circulación derivada de los respectivos ámbitos de libertades del mercado que propugna la Unión.

Desde el Tratado de Lisboa la base jurídica se contiene en el art. 81 TFUE. Su objeto se va plasmando en diferentes ámbitos de armonización habilitados por la norma, con medidas amplias como la garantización de “una tutela judicial efectiva” (punto e). El tenor del art. 81 parece diluir la finalidad originaria de este precepto cual era servir de marco para una cooperación interestatal en materia de Derecho procesal internacional privado en el marco del Derecho comunitario. A pesar de ello entendemos que se encuentra limitado por el requisito contenido en el mismo de que la normativa derivada de esta base ha de tener repercusión transfronteriza.

VII. Con referencia a la dicción “repercusión transfronteriza” en la base jurídica para la cooperación judicial civil, entendemos que no puede ser título habilitante para que la Unión legisle sobre relaciones jurídico-procesales internas de los Estados miembros.

Esta exigencia da considerable margen interpretativo al legislador europeo, que a veces lo ha interpretado de manera muy flexible y otras muy restrictiva. Pero, en cualquier caso, si bien el requisito puede relajarse en función de su ámbito de aplicación material o personal bajo diferentes supuestos, habrá de limitarse o ceñirse a supuestos en los que la normativa dictada a tenor de la competencia del art. 81 TFUE implique o previsiblemente pueda implicar la cooperación entre autoridades judiciales de distintos Estados miembros de la Unión. El ámbito de aplicación no podrá sobrepasar dicho límite, hasta el punto de regular cuestiones procesales que no alcancen a relaciones jurídicas de ámbito superior al de un Estado miembro de la Unión.

Si bien el art. 81 TFUE habilita una armonización horizontal, orientada a múltiples fases elementos fundamentales del proceso, reduce su ámbito de aplicación por la repercusión transfronteriza. Esta se erige por su encaje en dicho artículo en un requisito material radical dirigido al legislador de la Unión y que habrá de repercutir necesariamente en la legislación que se derive de esta base jurídica.

VIII. El art. 81-2 TFUE establece que la legislación adoptará medidas cuando resulte necesario, “en particular”, para el buen funcionamiento del mercado interior. Entendemos que este requisito no es tan estricto, en tanto que de la práctica legislativa sustentada en la versión anterior del precepto en la que sí era un requisito obligatorio fue interpretado por el legislador con bastante flexibilidad y laconismo. A pesar de la debilidad

de la motivación de los actos legislativos de cooperación judicial civil en base a este requisito en ningún momento fueron anulados.

IX. El marco de la cooperación judicial en materia civil del ELSJ no constituye una base jurídica adecuada para la armonización procesal en materia civil en aquellos supuestos en los que el derecho armonizable no tenga repercusión transfronteriza, lo que constituye un claro coto en el avance de la actividad legislativa en la materia.

Esta es la razón de que diversas propuestas legislativas en materia procesal se han reconducido a otra base jurídica diferente: la aproximación de las legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior del art. 114 TFUE. De este modo no se requeriría, *a priori*, que la controversia tuviese repercusión transfronteriza en su aplicación, pudiéndose lograr un mayor ámbito de aplicación práctico.

De esta forma en sectores puntuales del Derecho de la Unión (como la legislación en materia de mediación y medios alternativos de resolución de controversias) han surgido dos sistemas paralelos armonizados con dos bases jurídicas diferentes. Entendemos que ello podría causar problemas de adaptación al Derecho nacional, así como causar retrasos y confusión.

X. En el Derecho secundario legislado en base al art. 81 TFUE se han puntualizado especificaciones concretas en lo referente a la sustanciación de procedimientos judiciales que tengan por objeto la sustanciación de materias relacionadas con los Derechos reales inmobiliarios de los Estados, y en concreto en el Reglamento 1215/2012.

En su elenco de fueros imperativos o competencia exclusiva se establece una especialidad en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles respecto a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito. A pesar de la amplitud del término “derechos reales inmobiliarios” por regla general el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta este concepto de manera estricta o restrictiva.

Dicho concepto, de naturaleza autónoma no coincidirá necesariamente con los Derechos reales inmobiliarios definidos en los ordenamientos internos de los Estados. La diferencia entre un derecho real y un derecho personal a los efectos de la jurisprudencia del TJUE y la acción por la que se reivindica sería la posibilidad de ser oponible frente a todos o *erga omnes*, y no frente a una persona en particular. O si cualquier persona puede accionar contra el titular del derecho o no por tener otro derecho de rango superior.

El TJUE ha admitido, en relación con un proceso de ejecución hipotecaria que, si bien la acción de ejecución tiene la naturaleza de acción real, la oposición a la ejecución contenida en el Derecho interno, dado su contenido declarativo se trataría de una personal.

Criticamos el criterio sentado por el TJUE, en tanto que, si bien la naturaleza jurídica de la oposición puede ser diferente a la del procedimiento de ejecución principal en su conjunto, los Derechos internos pueden impedir la posibilidad de sustanciar el incidente de forma separada (dados los dos fueros diferenciados) del procedimiento principal. Igualmente, el propio Reglamento 1215/2012 establece que el órgano que conozca del procedimiento principal también lo hará de sus incidentes.

XI. El artículo 114 del TFUE se ha empleado y continúa usándose como base jurídica para una amplia variedad de medidas sectoriales que armonizan determinados aspectos del Derecho procesal civil.

El párrafo primero del art. 114 establece un concreto ámbito de aplicación: las disposiciones legales de los Estados Miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. La posible ambigüedad de este término podría dar diferentes niveles de intensidad a la acción legislativa de la Unión, en tanto que su amplitud puede desdibujar o no deslindar con claridad el reparto de competencias establecido entre la Unión y los Estados Miembros.

XII. Por medio de la aproximación de disposiciones legales de los Estados miembros se unificarían los diferentes Derechos nacionales en un sentido determinado, a través de la llamada integración jurídica de la Unión Europea. En el Ordenamiento de la Unión se crearía una legislación codificada, propia y directamente aplicable en los ordenamientos internos. Pueden enunciarse tres tipos de integraciones: la armonización, la coordinación y la uniformización.

La armonización implica eliminar todo lo que impide que las normas tengan efectos similares en su aplicación en Derecho interno, a través de diferentes grados. Un rasgo propio de la armonización es la necesidad de modificar el Derecho interno, con mayor o menor margen de discrecionalidad para los Estados. De este modo si el objeto de la materia regulada es la creación de una institución jurídica propia del Derecho de la Unión que no implique una modificación del Derecho nacional, sino que se adicione al mismo, podría prescindirse del recurso al art. 114 por no ser necesaria la modificación de normas nacionales. En ese supuesto si la norma europea permite dejar las normas nacionales intactas podrá recurrirse a otra base jurídica más específica, y en su caso a la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE.

Dentro de los niveles de armonización es preciso atenerse tanto al tenor como al sentido y a la finalidad de cada disposición normativa. Los dos grados principales de armonización serían la máxima o completa y la mínima. La máxima regularía exhaustivamente un campo determinado, estableciendo tanto el suelo como el techo de protección de la propia norma sin dejar a los Estados Miembro ningún margen para introducir o mantener disposiciones nacionales en sentido contrario al regulado. Mediante

la mínima la norma europea dejaría margen y posibilidad a los Estados Miembros para que establezca normas más exigentes que las prescritas a nivel de la Unión.

Entre otras figuras de integración destacarían la coordinación, que implicaría llevar a cabo modificaciones en las legislaciones internas para simplemente establecer líneas generales comunes (suponiendo el nivel mínimo de integración jurídica) y la uniformización (asimilada a la armonización máxima) que supondría la coincidencia plena de reglas comunes.

XIII. En materia de Derecho procesal civil, la armonización adquiriría matices específicos, mediante el establecimiento de directrices generales y estándares mínimos del proceso que obligarían a una actuación positiva de los Estados de cara a la adaptación de los respectivos sistemas internos. Resulta preferible la exclusión de una articulación basada en la pura enunciación de principios, en tanto que permiten interpretaciones dispares y darían lugar a más cuotas de discrecionalidad judicial. En tal sentido se preferirá una armonización de mínimos que se refiera a las cuestiones fundamentales del proceso, permitiendo a los Estados adaptar las directrices generales con la suficiente flexibilidad para conservar las tradiciones jurídicas, consiguiendo no obstante contenidos esenciales unificados.

XIV. La jurisprudencia del TJUE ha establecido unos criterios generales para determinar la base jurídica concreta y adecuada para la armonización en un campo determinado. Esta debe sustentarse en función de elementos objetivos como su finalidad y su contenido principales o preponderantes.

El recurso a una base jurídica errónea puede conllevar la invalidez del acto, en particular, cuando la base jurídica adecuada prevé un procedimiento de adopción distinto del efectivamente seguido. El marco del sistema de competencias de la Unión la elección del fundamento jurídico de un acto legislativo no puede depender únicamente de la convicción de una institución respecto al fin perseguido, sino que debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. De esta manera se exige una especial claridad y precisión en la motivación sobre todo si se adoptan bajo procedimientos legislativos con normas diferentes.

Si del examen de una medida muestra que persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble y uno de dichos objetivos o componentes puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, el acto legislativo deberá fundarse en una sola base jurídica. Cuestión distinta es que el legislador de la Unión aplique criterios o estándares adicionales para comprobar el juicio de adecuación con la base jurídica como los principios de proporcionalidad o subsidiariedad.

XV. El TJUE ha declarado la nulidad de actos legislativos por el empleo inadecuado o *ultra vires* del art. 114 TFUE.

Si se emplea un doble fundamento jurídico por la persecución de dos objetivos distintos, puede interpretarse que el art. 114 TFUE se trata de una disposición residual y subsidiaria que no resultaría aplicable si media otra base jurídica más específica, especialmente si el procedimiento del art. 114 TFUE requiere mayorías más flexibles que la otra base jurídica y se emplea para burlar la rigidez del procedimiento legislativo anudado a la otra base jurídica. En tal condición, un acto legislativo adoptado sobre la base de las disposiciones tendentes a la aproximación del mercado interior no podía servir de base jurídica residual para armonizar materias ya previstas en otras bases jurídicas más específicas, ni siquiera bajo el pretexto de que el objeto del acto legislativo vaya dirigido a alcanzar objetivos que se persiguen sobre la base del artículo 114.

Si un asunto puede ser armonizado por una vía preferente de las contenidas en el propio art. 114 consideradas como de nivel de protección elevado (junto con la salud, la seguridad y la protección de los consumidores), el legislador comunitario deberá basar el acto legislativo en este precepto, generándose una *vis expansiva*. Sería la excepción a la interpretación del art. 114 como base jurídica residual en defecto de otra base jurídica más específica.

XVI. Un acto legislativo adoptado sobre la base del artículo 114 debe tener por objeto la mejora efectiva de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. De este modo se establecen los siguientes presupuestos de aplicación para entender la válida armonización bajo el tenor de este precepto: (1) la comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y (2) la existencia de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales del mercado interior o de distorsiones de la competencia que pudiesen resultar de tales disparidades. De esta forma podría justificarse la elección del artículo 114 como base jurídica, y la contravención a estos presupuestos puede conllevar, como ha dictaminado el TJUE, la nulidad del acto legislativo armonizado bajo dicha base jurídica. Por su parte, el art. 115 permitiría armonizar normas nacionales cuyo objeto no es la regulación del mercado, sino el efecto sobre el mismo (si bien exigiría unanimidad del Consejo para su adopción).

Igualmente la mera constatación de disparidades entre normas nacionales o la existencia de un riesgo abstracto de obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales del mercado interior o de distorsiones de la competencia no pueden bastar para justificar la aplicación del art. 114 en una acción legislativa. De lo contrario, las competencias del legislador comunitario no tendrían límite alguno.

XVII. El artículo 114 TFUE no es una base jurídica adecuada para introducir un régimen jurídico coexistente del derecho de la Unión que complemente el derecho

nacional sin armonizarlo ni sustituirlo. De este modo, si el Derecho de la Unión crea nuevas disposiciones que se superponen a las disposiciones nacionales sería preciso acudir a otro fundamento jurídico adicional como es el art. 352 relativo a la cláusula de flexibilidad, suponiendo otro límite adicional al art. 114.

XVIII. Los requisitos limitativos de aplicación del art. 114 TFUE no se oponen a que se tengan en cuenta intereses distintos de la integración del mercado o la consecución de objetivos puramente económicos (párrafo primero del art. 114) cuando se adopten medidas de armonización de conformidad con el artículo 114 párrafo tercero. En dicho párrafo el artículo se remite a la necesidad de alcanzar altos niveles de protección en determinadas esferas, como la salud, la seguridad, la protección del medio ambiente y la protección del consumidor.

El mero hecho de que esos objetivos sean un factor decisivo en las decisiones que se adopten no puede impedir que el legislador de la Unión utilice el artículo 114 TFUE como base jurídica. De hecho, la jurisprudencia del TJUE ha ido paulatinamente admitiendo la validez de la legislación desarrollada en virtud del art. 114 cuando el objeto de la armonización requiere un nivel de protección elevado. En todo caso, respecto a la legislación de los objetivos de nivel de protección elevado el legislador deberá observar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Casi todos los actos legislativos de la Unión armonizados bajo el art. 114 TFUE cuya nulidad ha sido debatida en el TJUE han sido declarados válidos, aun no persiguiendo principalmente el contenido del artículo 114 párrafo primero, especialmente en las cuestiones basadas en un nivel de protección elevado arriba referidas.

XIX. Cabría de este modo plantearse si el artículo 114 puede constituir una base jurídica admisible para armonizar un Derecho procesal europeo en todo o en parte.

La doctrina científica europea se ha pronunciado en sentido contradictorio y en diverso grado sobre la posibilidad de emplear la de aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior como base jurídica suficiente para armonizar el Derecho procesal civil tanto a favor como en contra, así como en relación a posturas intermedias.

En la presente tesis asumimos una admisión limitada de la potestad de legislar en materia de Derecho procesal civil, en virtud de la cual la base del art. 114 debe ser acogida de forma muy cautelosa por las instituciones europeas. Si bien, asumiendo las posturas favorables la acción legislativa en materia procesal puede ser necesaria para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, el principio de subsidiariedad jugaría un papel esencial en tanto que la Unión no puede intervenir a menos que el objetivo perseguido no pueda ser alcanzado por los Estados miembros y pueda lograrse mejor a nivel comunitario. De este modo en el campo del Derecho procesal civil se erige

como una tarea difícil el conseguir que los objetivos de la Unión no puedan ser alcanzados a nivel comunitario mejor que en su tratamiento estatal interno, y máxime cuando los Derechos procesales nacionales poseen una mayor completitud y homogeneidad que los instrumentos legislativos de la Unión en la materia.

Ateniendo a los respectivos Derechos procesales internos, los análisis de derecho comparado difícilmente podrían conseguir una solución común. Y de igual forma el Derecho procesal civil, así como el funcionamiento de la justicia, afecta al núcleo duro de la soberanía de los diferentes Estados.

A pesar de ello entendemos que debe descartarse la postura negacionista, que decae ante la práctica legislativa de la Unión, habiéndose empleado el art. 114 como base jurídica en diferentes ocasiones para legislar en materia de Derecho procesal civil sin que haya sido impugnado por el TJUE, debiendo presumirse la validez del Derecho secundario y su perfecto encaje en el ámbito objetivo del art. 114 TFUE. Si bien debe atenderse al objeto de este precepto y las limitaciones que trae consigo, igualmente cabría aceptarse que una legislación comprendida en su ámbito que tenga contenido o repercusiones en el Derecho procesal en sí misma no debe entenderse como automáticamente contraria a los límites del art. 114 TFUE.

XX. De este modo asumimos una posibilidad limitada de armonización del Derecho procesal civil en base al art. 114 TFUE, que llevaría a emplear fórmulas de armonización que no sean absolutas para la integración del Derecho procesal civil europeo. Eso pasaría por una armonización mínima, que de la oportunidad a los Estados de adaptar el Derecho procesal interno con mayor libertad y tendente al respeto a las tradiciones jurídicas nacionales. La armonización mínima pasaría por el establecimiento de principios generales que garanticen el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, pero al mismo tiempo den un margen de maniobra a los Estados miembros para conseguir una adaptación lo más respetuosa posible con los Derechos procesales civiles nacionales.

Como segundo requisito para una armonización plenamente respetuosa con los requisitos establecidos en los Tratados de Derecho primario debe atenderse al criterio de la mayor especificidad de la base jurídica que se desprende de la jurisprudencia analizada en el cuerpo de la tesis. Cuando el legislador de la Unión se proponga acometer una armonización que tenga por objeto principal la armonización del Derecho procesal civil habrá de recurrir igualmente a la base jurídica complementaria del art. 81 TFUE, o cuando se pretenda la creación de una institución propia que se adicione a los respectivos Derechos internos a la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE.

XXI. El efecto de cualquier reforma europea debe ser evaluada cuidadosamente en cuanto a su impacto en el sistema jurídico en su conjunto, en tanto a que la acción

legislativa de la Unión en materia procesal correría el riesgo de estandarizar determinadas cuestiones, pudiendo generar desajustes en los respectivos Derechos procesales internos.

Por ello entendemos que el art. 4-1 del TUE, relativo al respeto de la Unión a la identidad nacional de los Estados debe leerse en conjunto con la obligación establecido en el art. 67-1 en virtud del cual el ELSJ debe respetar las tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

El desarrollo del mercado interior no sería motivo suficiente para justificar un sacrificio de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Ello implica la necesidad de adaptar la práctica de actuaciones procesales surgidas en el Derecho de la Unión a las particularidades propias de cada ordenamiento jurídico-procesal. Por ello el respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros debe constituir un punto de equilibrio con la necesidad de realizar el mercado interior y la actuación legislativa de la Unión donde se alcance la predisposición a la adopción común de normas bien sea en materia procesal o con repercusión en materia procesal. Ello no puede suponer una licencia sin límites para la adopción de normativa procesal indiscriminada que obvie o no tenga en cuenta los sistemas jurídicos procesales internos, más complejos e integrales en sus respectivas previsiones.

XXII. El carácter imperfecto de las bases jurídicas para legislar en materia procesal civil, a pesar de que el desarrollo del ELSJ, constituye uno de los objetivos de la Unión ha provocado que para la misma materia la Unión haya tenido que acudir a la habilitación normativa de la aproximación de las legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior del art. 114 TFUE en lugar de a la cooperación judicial en materia civil, incluso regulando la misma materia en diversos instrumentos erigidos sobre cada una tales estas bases.

Con dicha práctica el legislador de la Unión ha pretendido que la materia legislada alcance igualmente a relaciones jurídicas de Derecho interno de los respectivos Estados miembros.

No obstante, del conjunto de instrumentos sectoriales adoptados con repercusión en Derecho procesal civil puede comprobarse como se obliga a readaptar unas instituciones jurídico-procesales propias en función de la materia regulada. El legislador de la Unión crea una amalgama de normas procesales asistemáticas, generando una proliferación y dispersión normativa exagerada de especialidades procesales en los Ordenamientos internos de los Estados.

Esta circunstancia podría solucionarse con un enfoque más reductivo y sistemático en la legislación europea en materia procesal civil, por la vía de una integración en una regulación general u horizontal aplicable a una pluralidad indeterminada de sujetos o relaciones jurídicas. No obstante, tendría como obstáculo su difícil encaje en el sistema de bases jurídicas. En cualquier caso, se hace preciso un enfoque más sistemático y

coherente de la intervención de la UE en el derecho procesal civil de los Estados miembros, en tanto que entendemos que con la dispersión normativa lejos de perseguirse una mejora en el funcionamiento del mercado interior se obtiene el efecto contrario.

XXIII. La necesidad de crear una ejecución forzosa europea ha sido propuesta como aplicación básica del principio de la libre circulación de las resoluciones judiciales en la Unión Europea.

Como argumento esencial en favor de la misma, una ejecución forzosa común reforzaría la confianza de los ciudadanos en el Ordenamiento de la Unión en tanto que las libertades del mercado dan lugar a un gran número de procedimientos civiles que conllevan una reclamación económica en el fondo de cada asunto. Si la ejecución forzosa se rigiese por un derecho común europeo se fortificaría la aplicación eficaz del Derecho de la Unión y su respeto por los agentes económicos.

No obstante, esta propuesta repararía en el hecho de la existencia, en el derecho comparado, de una gran diferencia en las legislaciones relativas al proceso civil de ejecución (en cuestiones específicas como el órgano y su naturaleza que intervendría en la ejecución), que darían lugar a notables diferencias en las disposiciones que regulan importantes cuestiones de aplicación.

Aun así, pueden señalarse cuestiones puntuales donde se ha ofrecido un tratamiento homogéneo en el plano comunitario, como la conceptualización de los títulos ejecutivos en el Reglamento 1215/2012 diferenciándose las resoluciones jurisdiccionales de otros títulos ejecutivos, así como su ejecutividad transnacional. O el establecimiento de un título ejecutivo europeo para títulos no impugnados en el Reglamento 805/2004.

XXIV. Admitiéndose tan sólo parcialmente la viabilidad del recurso al art. 114 como base jurídica, se hace preciso el estudio de otras bases jurídicas complementarias que puedan justificar la armonización del Derecho procesal de ejecución, donde adquiere especial importancia el cauce de la cláusula de flexibilidad contenida en el art. 352 TFUE. Por medio de la misma se faculta a la Unión para adoptar las medidas que resulten necesarias para alcanzar sus objetivos cuando los Tratados no prevean una base jurídica específica. Como requisitos esenciales de procedimiento en el párrafo primero se exige el requisito de la adaptación por unanimidad del Consejo y previa aprobación del Parlamento Europeo, así como la aprobación por todos los parlamentos nacionales para que el recurso a este artículo no será descontrolado o expansivo.

Otro requisito para la aplicación material del artículo consiste en que la acción de la Unión debe resultar necesaria para alcanzar uno de los objetivos establecidos en el TUE, y en concreto del art. 3 párrafos 2 y 3 TUE y 3-5 TUE. Tanto el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, así como la integración del mercado interior forman parte respectivamente de los párrafos 2 y 3 del art. 3 TUE, por lo que no se obstaculizaría la

ampliación de competencias de la Unión en tales materias por la vía de la cláusula de flexibilidad en materia de Derecho procesal civil. No obstante, en el empleo de esta base además del respeto de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad se requiere ausencia o imprevisión en los Tratados los poderes de actuación o bases jurídicas necesarios a tal efecto y más específicos, pues de lo contrario el empleo exclusivo de esta base jurídica puede dar lugar a la nulidad del acto legislativo adoptado bajo la misma. Tampoco puede conllevar ninguna enmienda implícita ni al Tratado ni a los procedimientos legislativos, en base al principio de atribución de competencias.

XXV. En cualquier caso entendemos que, si mediase en la Unión una voluntad real para promulgar una disposición legislativa armonizadora del Derecho procesal civil, podría emplearse la cláusula de flexibilidad para colmar los límites impuestos en los Tratados, si bien y como se recalca en la anterior conclusión el problema sería más político que jurídico en tanto que en el procedimiento legislativo se requiere unanimidad del Consejo.

Es posible el empleo de dos bases jurídicas diferentes para emitir un acto legislativo concreto. Si un acto legislativo persigue un doble objetivo o tiene un componente doble, y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, la que exige el objetivo o componente principal o preponderante. Pero si se demuestra que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos, vinculados entre sí de modo indisoluble, tal acto podrá fundarse en las distintas bases jurídicas correspondientes salvo que los procedimientos previstos para una y otra base jurídica sean incompatibles o pueda minar los derechos y trámites del Parlamento.

En relación a la cláusula de flexibilidad, la jurisprudencia del TJUE admite que la base jurídica de la política y acción concreta de la Unión puede complementarse con el artículo 352 TFUE cuando los fundamentos jurídicos sean compatibles y se cumplan los procedimientos legislativos tanto del artículo 352 del Tratado de la Unión Europea como de su respectivo fundamento jurídico. Igualmente, si la base jurídica fuese insuficiente, y no sea capaz de conferir a la Unión competencia necesaria para adoptar un acto legislativo sin exceder el ámbito de aplicación de dicha base, el TJUE ha delimitado que debe recurrirse conjuntamente tanto a la base jurídica específica junto a la cláusula de flexibilidad, respetando los procedimientos legislativos previstos en ellos.

XXVI. Consideramos que, si bien tanto los artículos 81 como el 114 TFUE pueden ofrecer limitaciones para la regulación del proceso civil, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia forma parte de los objetivos de la Unión esbozados en el art. 3-2 del TUE y habilitaría para una armonización más sistemática y completa en el ámbito de Unión Europea.

De esta forma cabe apuntarse el empleo de la cláusula de flexibilidad como base indirecta para la adopción de actos legislativos con trascendencia en materia procesal, como el establecimiento de los tribunales de marcas comunitarias en los Derechos internos. Esta base jurídica puede ser empleada, por sí sola (y como se ha analizado anteriormente invocada junto con otras) para legislar materia que repercuta tanto en materia de competencia judicial interna como de Derecho procesal interno.

XXVII. En relación a la incidencia del Derecho de la Unión en los diferentes Derechos reales inmobiliarios de los Estados miembros, es preciso delimitar hasta qué punto la Unión Europea cuenta con una competencia para legislar en dicha materia.

Ha de partirse de la existencia de un esquema técnico o definitivo de bien inmueble o su desarrollo legislativo en el plano del Derecho de la Unión europea. Si bien los Tratados de la Unión Europea no han establecido una competencia propia en materia de Derechos reales inmobiliarios, el propio Derecho de la Unión incide tangencialmente en la potestad regulatoria nacional de los Derechos reales inmobiliarios a través de las libertades del mercado interior.

XXVIII. Existen opiniones discordantes en la literatura científica y agentes jurídicos entre las posturas a favor de reconocer una competencia de la Unión en materia de Derechos reales y en contra.

Entendemos que difícilmente podría sustentarse una facultad general de la Unión para regular los Derechos reales de los Estados miembros, más allá de las limitaciones naturales que conllevarían inexorablemente las competencias cedidas, bien sea en razón de las diferentes libertades o por la aproximación de legislaciones para el establecimiento del mercado interior en su vertiente de la protección al consumidor. Además, la acción legislativa de la Unión sólo resultaría legítima si no conculca las limitaciones que derivan de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

XXIX. Por ello en base a la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE las limitaciones de los Derechos nacionales pueden no solo referirse a las normas específicas relativas al ejercicio de las actividades profesionales, sino igualmente a las relativas a las diversas facultades generales útiles para el ejercicio de esas actividades como puede suponer la adquisición de bienes inmuebles. A modo de ejemplo, obtener un préstamo con garantía hipotecaria con un interés o condiciones similares a los nacionales del Estado donde resida y ejerza sus actividades por cuenta propia.

XXX. En relación a la libre circulación de capitales, en tanto que el artículo 63 del TFUE establece una prohibición general de las restricciones a los movimientos de capital entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y terceros estados, dicha prohibición de restricciones se dirige a las normas discriminatorias que de forma directa o indirecta puedan ser restrictivas de la circulación de capitales. Ello incluye las medidas nacionales que puedan disuadir o desalentar a los ciudadanos de obtener préstamos o realizar inversiones en otros Estados miembros.

Un ejemplo pueden ser las medidas nacionales que dificultan las transacciones transfronterizas, condicionándolas bien a una autorización previa o haciéndolas de cualquier otro modo menos atractivas o más costosas con imposiciones tributarias. En relación con el Derecho real de hipoteca, el TJUE ha contemplado la posibilidad de que la libre circulación de capitales pudiese afectar al Derecho registral de un Estado miembro, dado que las normas nacionales pueden limitar la creación de hipotecas en moneda extranjera en tanto que de la misma se desprende que la liquidación de una inversión inmobiliaria.

La prohibición de las restricciones a la libre circulación de capitales no afecta al derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que el sistema hipotecario regule de forma clara y transparente los respectivos derechos de las partes del contrato. Aunque el sistema hipotecario se rige por la ley del Estado en el que se encuentra el bien hipotecado, será por tanto tal ley la que habrá de determinar los medios por los que se ha de garantizar el logro del objetivo del respeto a la libre circulación de capitales. Si la nulidad afecta a alguna de las competencias cedidas a la Unión, como ocurre en el caso de la libre circulación de capitales, resultaría de aplicación principio de primacía del Derecho de la Unión a la relación jurídica en cuestión.

Por ello la libre circulación de capitales se erige como un criterio corrector de los Ordenamientos civiles y procesales nacionales y resultará aplicable cuando se dificulte el perfeccionamiento o ejecución de una operación transfronteriza. Este criterio se aplicaría en defecto de otra libertad más específica, como la libertad de establecimiento cuya aplicación ha sido contemplada como preferente a la libre circulación de capitales por el TJUE.

XXXI. A pesar de los efectos expuestos, puede enunciarse un requisito elemental para la aplicación de los preceptos relativos a las libertades analizadas, cual es la dimensión transfronteriza de la operación o negocio en el que el Derecho nacional pueda constituir una barrera a dicha libertad. Esta dimensión ha implicado la necesidad de que intervengan nacionales o patrimonio de al menos dos Estados miembros de la Unión, sin que el asunto pueda implicar una cuestión puramente interna.

Es cierto que en muchos supuestos el TJUE ha interpretado, en determinados casos, que la dimensión transfronteriza es un concepto más abierto de lo que el intérprete jurídico podría apreciar a simple vista, aplicándolo en situaciones de las que podría

razonarse *a priori* que son internas. Entendemos que esto se debe a que el TJUE ha desentrañado que la restricción, aun siendo interna y aplicándose a nacionales de dicho Estado, podría impedir el eventual o pretendido ejercicio de dicha libertad con nacionales de terceros Estados.

Pero, en todo caso, resulta insalvable el hecho de que la operación a la que resulta aplicable del Derecho interno debe ser susceptible de proyectarse a varios Estados miembros, de forma directa o indirecta. Por ello, a la hora de valorar la repercusión de las libertades del mercado a los Derechos reales internos ha de tenerse en cuenta que la dimensión transfronteriza volverá a ser un requisito insalvable y que condicionará la propia acción legislativa y jurisprudencial de la Unión.

XXXII. Se hace necesario el estudio de otra base jurídica que permita una eventual armonización de los Derechos reales y procesales internos para su aplicación a problemáticas que no supongan *per se* una dimensión transfronteriza. De esta forma adquiere relevancia la armonización de disposiciones en protección de los consumidores.

La legislación secundaria se ha preocupado y orientado en dos áreas principales: la protección de la seguridad y la salud, así como de los intereses de los consumidores, y la configuración de un catálogo de derechos del consumidor como la información o la protección frente a prácticas profesionales abusivas.

El artículo 169 TFUE contiene un doble título competencial para la legislación protectora de los consumidores. Por un lado, la remisión al artículo 114 como base jurídica la aproximación de disposiciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, en la vertiente de nivel de protección elevado, y otra autónoma en su letra b. Las armonizaciones tienden a orientarse no obstante más hacia la base del art. 114 TFEU en lo referente a la política común de protección del consumidor.

XXXIII. Se debate la cuestión de si las medidas legislativas de Derecho de la Unión en materia de protección del consumidor han de constituir una armonización mínima o máxima. Algunas medidas de protección del consumidor adoptadas sobre la base del artículo 114 del TFUE especifican explícitamente que sólo imponen un nivel mínimo de protección.

El TJUE admite la posibilidad de que la legislación nacional interna justifique una prohibición que limite una libertad del mercado interior en favor de la protección del consumidor en base a dos requisitos: que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue el acto legislativo en cuestión y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. De esta forma podría admitirse la restricción de una libertad de mercado adoptada por un Estado en beneficio de la protección de los consumidores como prohibición amparada en el margen de la armonización de mínimos.

La Comisión Europea tiene como objetivo fomentar una política de armonización en materia de protección de los consumidores más orientada a la armonización máxima que a la de mínimos. Aunque se ha plasmado en disposiciones legislativas concretas, los intentos de transformar la Directiva 93/13 en una norma de armonización máxima no han tenido éxito debido a la oposición política del Consejo y el Parlamento Europeo. Ello demuestra que una armonización máxima implicará un mayor grado de dificultad política respecto a la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre el establecimiento de niveles máximos de protección de los consumidores.

A este ámbito concreto de protección podría sumarse el enfoque expansivo y favorable al consumidor en la jurisprudencia TJUE, en el contexto de la interpretación de las medidas legislativas de la Unión.

XXXIV. El Derecho primario de la Unión Europea no constituye en sí mismo una barrera o limitación positiva a una posible armonización de los Derechos reales inmobiliarios. Pero tampoco contiene una habilitación competencial expresa para su desarrollo.

Ello no quiere decir que, como consecuencia de la competencia en materia de consumo, el Derecho secundario en su desarrollo normativo haya regulado determinadas materias que puedan tener repercusión en los Derechos reales inmobiliarios de los diferentes Estados miembros de la Unión en aspectos como la mejora la protección de su seguridad o sus derechos en las transacciones comerciales. De este modo la legislación de la Unión puede desembocar en la adaptación de normativa nacional incisiva en los diferentes sistemas de Derechos reales inmobiliarios.

En este sentido puede citarse la Directiva 94/47, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, o la Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

A pesar de que la Unión ha tenido la reciente oportunidad de ampliar la posibilidad de regular más aspectos relacionados con la compraventa de bienes inmuebles con la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, se excluyen expresamente de la misma. De este modo la Unión parece ser consciente de la restricción competencial en materia de Derechos inmobiliarios a la hora de fijar la extensión de normas de derecho contractual horizontal.

XXXV. Puede resaltarse un marcado número de sentencias del TJUE, dictadas en aplicación de la Directiva 93/13 en los que se declaran contrarias al Derecho de la Unión Europea diferentes disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que reglamentan el proceso de ejecución hipotecaria.

Al igual que el ejercicio de la libre circulación de capitales puede constituir un límite a la plena potestad legislativa de los Estados miembros en materia de regulación del Derecho real de hipoteca, el principio de efectividad en materia de Derecho de consumo y el principio de no vinculación en materia de cláusulas abusivas de la Directiva 93/13 pueden constituir otro límite a la potestad del legislador en materia de Derecho procesal civil, y en concreto del proceso de ejecución de hipoteca, como exigencias derivadas de la protección del consumidor.

XXXVI. Podría concluirse que la Unión tiene una competencia indirecta para armonizar determinados puntos de las legislaciones nacionales en materia del proceso civil de ejecución por el juego entre la base de cooperación judicial en materia civil y la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Al tener ambas bases limitaciones implícitas, deberán emplearse en consunción con el cauce de los poderes implícitos. Y aunque la Unión carece de una auténtica competencia para legislar en materia de Derechos reales inmobiliarios de los Estados miembros, estos no pueden quedar totalmente desleídos de la acción de la Unión en tanto que las libertades del mercado interior y la legislación protectora de los consumidores supondrían un claro límite a la potestad normativa de los Estados miembros.

Por ello entendemos posible una armonización específica de los procesos de ejecución judicial y extrajudicial cuando el objeto de la misma es un bien inmueble gravado con un derecho real de hipoteca.

La Unión no cuenta con una armonización específica y general del proceso de ejecución, ni unas bases mínimas en materia de proceso civil. A pesar de ello queda constancia del interés europeo para paliar los desequilibrios de los medios procesales de que disponen los acreedores en la Unión, plasmado en el sentido de la propia legislación, así como el interés de proteger al consumidor en el seno de los procesos de ejecución hipotecaria en la jurisprudencia del TJUE.

XXXVII. La armonización del Derecho hipotecario ha constituido una pretensión histórica de la Unión, en tanto que se ha señalado como elemento esencial para las instituciones de crédito en un mercado internacional.

De este modo puede comprobarse como a lo largo del proceso de integración europeo se han formulado propuestas, tanto desde la Comisión como a partir de grupos independientes, tendentes a armonizar los Derechos de hipoteca internos tanto desde la perspectiva de las libertades del mercado interior como de la protección del consumidor. Destaca la propuesta de una institución jurídica propia adiccionable a los respectivos Derechos internos (Eurohipoteca). El interés legislativo por orientar las propuestas a la protección del consumidor o favorecer la libertad del mercado ha sido oscilante, en

función de la época y circunstancias económicas del momento en el que se han ido formulando.

En cualquier caso, el primer acto de Derecho secundario de la Unión Europea en codificar normas relativas a criterios comunes del Derecho real de hipoteca ha sido la Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencia, armonizada sobre la base jurídica del art. 114 TFUE.

XXXVIII. El objeto de la Directiva 2014/17 se circunscribe la aplicación de la misma a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial.

En lo referente a la ejecución de la hipoteca cabrían destacarse dos preceptos fundamentales y dirigidos a los procedimientos internos de ejecución. El principal sería el art. 28, relativo a demoras y ejecución hipotecaria; por su incidencia con el proceso de ejecución igualmente se hará referencia igualmente al art. 19 de la Directiva, relativo a la tasación de los bienes inmuebles.

XXXIX. Con carácter general se critica el carácter abierto, amplio y genérico de las obligaciones que el art. 28 de la Directiva establece para los Estados miembros. Revisten de tal amplitud que gran parte de las fórmulas empleadas en los respectivos Derechos procesales internos son reconducibles en su tenor, más allá de provocar un efecto transpositivo o tratar de establecer parámetros mínimos u homogeneizadores.

La razón ha sido el intento de la Unión de respetar al máximo posible las normas nacionales sobre proceso civil. No obstante, cabría preguntarse si el intento legislativo de la Unión queda en papel mojado, al no generar ningún tipo de repercusión efectiva en el acomodo legislativo interno o establecimiento de estándares mínimos.

XL. El párrafo primero del art. 28 de la Directiva 2014/17 establece la obligación del prestamista de mostrarse “razonablemente tolerante” antes de iniciar un proceso de ejecución. El principal problema que acarraría dicho concepto es su carácter indeterminado, hasta el punto de que la selección de las medidas apropiadas para garantizar una acción de ejecución por parte de los acreedores se deja a la discreción de cada Estado miembro de forma absoluta.

Las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre las demoras en los pagos y las ejecuciones hipotecarias establecen unos parámetros orientativos básicos, como la obligación de la detección de las dificultades par atender al pago por el prestamista, la colaboración para establecer las causas de la aparición de dichas dificultades, el

suministro de información y asistencia al consumidor o la toma de decisiones por parte del prestamista para la reestructuración o refinanciación de la deuda. Tales medidas adquirirían un tenor preprocesal, y no serían directamente vinculantes. En cualquier caso, la obligación que impone el art. 28-1 no afecta a la determinación de la cantidad adeudada por el consumidor, sino al mero aplazamiento sin atender a las causas y circunstancias relativas al impago y consiguiente ejecución.

La obligación de los Estados de mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciarse un proceso de ejecución podría tener repercusiones en el llamado vencimiento anticipado, cuestión no abordada expresamente de la Directiva 2014/17 pero deducible de la obligación del acreedor de mostrarse razonablemente tolerante. Ello hubiese implicado adoptar un mínimo sobre la determinación en los respectivos derechos internos de cuánto y en qué grado debe incumplir un deudor el pago de la deuda hipotecaria para que el acreedor hipotecario pueda resolver el contrato y reclamar la totalidad de la deuda. Destaca la profunda diferencia en las regulaciones de los Estados, aspecto que haría aconsejable una posible intervención de la Unión en la materia.

XLI. El párrafo segundo del art. 28 de la Directiva 2014/17 limita la imposición de recargos adicionales al consumidor en caso de impago sin que puedan exceder de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago

La obligación establecida en dicho precepto empujaría al legislador nacional a decantarse por una de dos opciones establecidas en la Directiva: que a) que los gastos no excedan de lo necesario para compensar al acreedor por los costes incurridos, o b) que se incluyan dentro de un límite máximo fijo. Quedaría dentro de la facultad del legislador prever una limitación del daño indemnizable.

En el ámbito de extensión objetivo podrían surgir dudas sobre la eventual inclusión de determinados gastos, como las costas procesales. Entendemos que sería posible en las condiciones de cada Derecho interno, en tanto que la Directiva posibilita la autorización para “imponer recargos adicionales”, sin que se establezca más límite que determinar el valor máximo de tales recargos. Respecto a los intereses de demora podría discutirse la inclusión total pues, aunque se entienda una obligación derivada del préstamo garantizado con hipoteca, se haría necesario su limitación a la luz del canon de razonabilidad. Por ello o bien se exigiría prueba del daño adicional o la definición por ley del tipo máximo practicable. El máximo legal no queda fijado por la Directiva 2014/17, lo que podría desvirtuar su propia finalidad de aplicación nacional. Será preciso atender, como criterio supletorio, a la jurisprudencia del TJUE dictada a la luz de la Directiva 93/13, que asume parámetros como la fijación con respecto al tipo de interés legal y la verificación de si es adecuado para garantizar la realización de los objetivos perseguidos en el ordenamiento del Estado miembro; o que el límite máximo no prejuzgue la aplicación del Derecho de la Unión por los órganos jurisdiccionales.

XLII. El párrafo cuarto del art. 28 de la Directiva 2014/17 establece que los Estados miembros no podrán impedir que las partes en un contrato puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.

El objetivo esencial perseguido por el legislador de la Unión consistiría en limitar el riesgo del consumidor de responder del crédito aún habiendo sido realizado el bien inmueble. Para ello obligaría a los Estados a permitir en sus respectivos Derechos internos la posibilidad de transmitir la garantía directamente y que con dicho pacto quede saldado el crédito exigible tras el incumplimiento del deudor consumidor. Con esta medida se pretendería evitar la necesidad de recurrir a procedimientos de ejecución judicial que resultarían largos y complejos, reduciendo así el riesgo y los costos de ejecución para el prestamista, así como la mencionada limitación de la responsabilidad del deudor.

El precepto, aun dada su imprecisa redacción, no se confrontaría con la prohibición del pacto comisorio, como principio tradicional codificado en el derecho civil y procesal civil de los Estados miembros. La razón es que la obligación establecida por el legislador de la Unión no es establecer la transmisión directa con responsabilidad limitada del deudor como tratamiento obligatorio y preferente para la ejecución de la hipoteca en sustitución de los respectivos procesos de ejecución, sino de permitir la posibilidad previo acuerdo de las partes del contrato de crédito hipotecario.

XLIII. Del análisis de los regímenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión analizado en el cuerpo de la tesis cabe deducirse que la gran parte de Estados miembros permiten la transmisión directa del bien como pago de la totalidad del crédito o dación en pago o especialidades en la ejecución de cara a facilitar la transmisión, mediando en todo caso acuerdo de las partes del contrato. Algunos Estados prevén procedimientos extrajudiciales de transmisión directa con la intervención de un tercero imparcial designado judicialmente para tasar el bien inmueble ejecutado de cara a devolver el posible remanente al dueño del inmueble, o que iniciadas las actuaciones ejecutivas pueda reconducirse a una tramitación amistosa con intervención igualmente de tasador imparcial o designado judicialmente.

Al establecer la Directiva como requisito “la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta” el legislador europeo parece apuntar a diversos métodos para enajenar el bien hipotecario que en puridad no serían en sentido estricto la subasta derivada del proceso de ejecución forzosa, pudiéndose incluir la venta extrajudicial, la venta por convenio, o la transferencia comentada y regulada en diversos Estados de la Unión. Estos podrían considerarse como mecanismos alternativos a la ejecución para liberar al deudor hipotecario o dar cauce al *ius distrahendi*, que en todo caso dependería de la autonomía procesal nacional.

La obligación que impone la Directiva 2014/17 consiste en no impedir que las partes puedan acordar la transferencia del bien objeto de la garantía. Cabría entenderse

que, aun estableciendo los Estados miembros legislaciones que permitan tal posibilidad por tratarse de una norma de mínimos, resultaría previsible que los acreedores no incluyan en sus borradores de contrato de préstamo cláusulas que, aun siendo principalmente ventajosas para el deudor impida la reclamación del saldo restante si con otro proceso de ejecución judicial o extrajudicial sí se permite. Esta será una circunstancia que diluirá la eficacia y la difusión futura de esta disposición, previéndose un mayor recurso al proceso de ejecución de bienes hipotecados en lugar de la venta o transferencia directa del bien diseñado por la Directiva.

XLIV. El párrafo quinto del art. 28 establece la obligación de los Estados de que se adopten medidas para facilitar el reembolso en los casos en los que la deuda no quede saldada al término del proceso de ejecución.

Este párrafo tendría una aplicación subsidiaria: sería imperativo para los Estados miembros cuando los Derechos internos previesen al acreedor hipotecario la posibilidad de pedir la cantidad que falte para saldar el crédito hipotecario una vez se hubiese enajenado o subastado el bien garantizado con hipoteca. Si algún Estado miembro previese transponer el contenido del art. 28-4 no ya de forma potestativa para el caso de que las partes contratantes lo estimasen oportuno (como prevé su propio tenor), sino obligatorio para todos los supuestos de realización de una garantía hipotecaria (opción que sería posible en tanto que la Directiva 2014/17 se trata de una armonización de mínimos) no sería preciso recurrir al tenor del art. 28-5 en tanto que la deuda quedaría saldada *ex lege*. Tampoco si, aun no imponiéndose obligatoriamente, las partes contratantes conciertan una transferencia del bien de conformidad al art. 28-4 de la Directiva a modo de dación en pago.

Cuando las partes del contrato de préstamo no hubiesen recurrido a mecanismos destinados a limitar la responsabilidad del deudor por la cuantía del préstamo hipotecario y como resultado de la ejecución no hubiese sido posible obtener una suma suficiente para satisfacer plenamente al acreedor con la liquidación, la obligación que impone el legislador europeo para los Estados sería establecer mecanismos que permitan al consumidor cumplir sus obligaciones residuales de manera no excesiva. Para ello se impone la obligación de tener en consideración los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir, en conjunto con las propias cuotas ya abonadas por el propio deudor hipotecario y que tendrán que tenerse en consideración a la hora de determinarse la cantidad que faltaría por abonarse derivada del préstamo.

De este modo la Directiva 2014/17 no interfiere en la configuración del principio de responsabilidad patrimonial universal, que forma parte de las tradiciones comunes de los Estados miembros, y permitiría la prosecución del proceso de ejecución por la cantidad que falte del producto tras la subasta del inmueble. La intervención legislativa europea se reduciría en el deber de los Estados de asegurar la justa liquidación y determinación de la cantidad que falte.

XLV. El párrafo quinto del art. 28 de la Directiva 2014/17 establece la obligación de los Estados de hacer que sus mecanismos de ejecución forzosa de garantía hipotecaria sean más eficientes, permitiendo que el precio obtenido por el bien se obtiene al mejor precio.

La Directiva no establece expresamente qué medidas deben introducirse a nivel nacional para alcanzar tales objetivos. De esta forma la transposición de este precepto dependerá principalmente de la forma en que se regulen los procedimientos de ejecución de la hipoteca en los respectivos Estados miembros. Del tenor de la Directiva se intuye una orientación a evitar el recurso a mecanismos procesales complejos, y el establecimiento de criterios más objetivos para la tasación del valor real de mercado en el momento del incumplimiento. El proceso de realización del bien debe orientarse a la obtención del mejor precio por la propiedad ejecutada por el que será transmitido el bien, de forma más cercana al valor real de mercado. Por ello entendemos que la atención del legislador se centra en la fase de realización, y en concreto de la subasta y venta forzosa del bien.

XLVI. Del estudio del tratamiento de los procesos de ejecución de los Derechos internos analizados en el cuerpo de la tesis se desprende que los diferentes sistemas nacionales de realización, y en concreto de subasta de bienes inmuebles, tienen diferentes sistemas de publicidad de la subasta y presencialidad de los licitadores. Algunos Estados establecen sistemas de publicidad limitados, de tipo edictal o cuya responsabilidad recae en el acreedor ejecutante y que limitan la concurrencia de licitadores reduciéndose consiguientemente la posibilidad de que el bien se trasmita al precio más competitivo. Otros establecen sistemas de subasta electrónica, no celebrados en la sede del tribunal sino en un portal web oficial en el que la subasta tendría lugar de manera electrónica, asistidos en los intercambios de información de las respectivas oficinas judiciales. La celebración de la subasta se publicitaría por internet, y las licitaciones y pagos igualmente se harían de forma telemática. La mayor transparencia que se produce en la subasta telemática restringiría la especulación y acercaría el valor del bien al real de mercado. Entre los modelos existirían igualmente mecanismos intermedios de publicidad electrónica y celebración presencial.

Consideramos que el modelo de subasta electrónica se perfila como el más idóneo para permitir una mayor transparencia y publicidad de la subasta, susceptible de atraer al mayor número de interesados posible y obtener un precio lo más similar con el valor de mercado, cumpliéndose el objetivo pretendido en la Directiva 2014/17.

Otras de las posibles medidas para transmitir el bien con el mejor precio que podrían apuntarse sería el establecimiento de un límite mínimo para aprobar el remate tras la subasta, punto en el que existe igualmente una reseñable discrecionalidad entre los ordenamientos internos.

XLVII. El art. 19 de la Directiva 2014/17 obliga a los Estados, entre otras cuestiones, a establecer normas fiables de tasación de los bienes inmuebles y a exigir a los prestamistas la utilización de dichas normas cuando tasen inmuebles a efectos de crédito. De igual forma, se establece la obligación de que los tasadores sean profesionales competentes e independientes para que puedan establecer tasaciones imparciales y objetivas.

Este artículo se complementa con el art. 28-5, en tanto a que inciden sobre el valor del bien inmueble buscando una cuantificación objetiva del mismo. Pero el art. 19 se aplicaría indistintamente a la tasación efectuada en cualquier momento de la formación del contrato garantizado con hipoteca: bien en fase precontractual, bien al momento de la suscripción del contrato, o en el momento del incumplimiento de la obligación crediticia.

Los Estados tendrían libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales en los ámbitos no cubiertos por la Directiva, entre otros aspectos para establecer que las partes puedan elegir de mutuo acuerdo al tasador o las normas o criterios fiables concretos que tendrían que aplicar, en base al principio de autonomía procesal. A lo que sí obligaría el art. 19 de la Directiva, en base a la normativa nacional libremente adoptada por el Estado sería a que los tasadores de bienes inmuebles tengan una cualificación profesional, actúen con la suficiente independencia de las entidades prestamistas y puedan intervenir con imparcialidad y objetividad en el ejercicio de sus funciones de tasación.

XLVIII. Cuando el tasador intervenga en relación al incumplimiento del deudor y de cara a un proceso de ejecución o tenga repercusiones directas en uno, adquirirá un especial matiz y tendría que complementarse con el art. 28. 4 y 5 de la Directiva 2014/17. El problema radicaría en los sistemas procesales que no prevean el nombramiento de un perito tasador independiente a las partes o designado judicialmente en el momento de la realización, puesto que de mediar una tasación aceptada por las partes incluso si es en un momento precontractual esta desplazaría toda tasación independiente y más cercana en el momento al momento de la enajenación. Entendemos que tales sistemas, entre los que se incluiría el nacional español, deberían modificar los sistemas de valoración a efectos de ejecución para garantizar de forma más adecuada la finalidad de la Directiva.

Del estudio de estos sistemas internos cabría igualmente delimitarse un criterio general relativo a la objetividad de tasación de bienes inmuebles de uso residencial a efectos del crédito hipotecario y la independencia del tasador, que se traduciría en una necesidad de armonización concreta en determinados puntos de los Derechos internos. El criterio de la objetividad debe conducir a la necesidad de los Ordenamientos internos de perseguir la obtención de un valor real actualizado de cara a la ejecución procesal lo más cercano posible al momento de la realización del bien inmueble, así como la posibilidad real de asegurar la independencia de los tasadores en aspectos como que la tasación

predominante sea tenida en cuenta al momento de la ejecución, debidamente actualizada e intervenida por tasador nombrado judicialmente.

XLIX. De los sistemas procesales estudiados puede concluirse que en casi todos los Estados se prevén mecanismos extrajudiciales para la ejecución de la hipoteca. Si bien hay Estados miembros que no prevén ningún procedimiento de este tipo, otros prevén procedimientos para la venta e inscripción del bien inmueble por medio de subasta, debiendo intervenir en todo caso el órgano jurisdiccional para proceder a la puesta en posesión. Algunos Estados prevén procedimientos de adjudicación directa al acreedor en caso de pacto, garantizando una tasación objetiva del bien inmueble, y otros lo limitan para el supuesto de vivienda habitual del acreedor. En algunos se permite que el acreedor pueda solicitar a los órganos jurisdiccionales la autorización para realizar el bien inmueble de forma extrajudicial.

En cualquier caso, con mayor o menor intervención de los órganos jurisdiccionales en función de cada fase del proceso, existe una tendencia legislativa de ampliar la posibilidad de enajenar el bien al margen del proceso de ejecución general. En todo caso, los sistemas internos han perfilado como criterios de acceso a dicho procedimiento o bien el acuerdo expreso de las partes del contrato, o la obtención de autorización del órgano jurisdiccional en función de la idoneidad para la enajenación del bien por este cauce procedimental.

L. Los sistemas procesales internos estudiados admiten, con carácter unánime, el reconocimiento del contrato de crédito garantizado con hipoteca como título ejecutivo. Pueden establecerse especialidades en función de la región del Estado, o de los requisitos técnicos registrales para la inscripción del bien. Y habría diferencias importantes en torno a la configuración de las llamadas hipotecas de equidad en el sistema anglosajón, en contraposición a los Estados de notariado latino.

Pero en cualquier caso el crédito garantizado con hipoteca que conste en escritura pública y/o se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad o equivalente del Estado miembro en cuestión se considera como título ejecutivo.

LI. De forma similar el criterio de atribución de competencia para el órgano jurisdiccional que ha que conocer de la ejecución del inmueble es el del lugar donde esté sito el inmueble *lex loci rei sitæ*, salvo en Estados donde existen órganos con jurisdicción en todo el territorio nacional para conocer de la ejecución. De igual forma, los Estados pueden establecer criterios de determinación de competencia en el supuesto de ejecución contra varios bienes inmueble o contra uno que esté sito en varias jurisdicciones, encontrándose diversidad de criterios de los Estados en este sentido como la elección por el acreedor ejecutante o el mayor valor a efectos tributarios.

Los órganos jurisdiccionales tienden a ser diversos, bien de primera instancia o de mayor jerarquía en función del valor del bien inmueble.

En relación a la ejecución extrajudicial, cabría destacarse la participación en la ejecución de diversos profesionales, que varían en función del Estado. Entre dichos profesionales podrían señalarse o bien el notario, el *huissier* o un tasador independiente elegido por las partes o por el órgano jurisdiccional del lugar en el que esté sito el inmueble.

LII. Los motivos para el incumplimiento del deudor para vencer el crédito de forma anticipada serían un ejemplo de la diversidad de opciones en el tratamiento legislativo de los Estados miembros. Existen Estados que con el incumplimiento de una cuota o mensualidad entenderían vencido anticipadamente el crédito. Y otros en los que se exige un porcentaje mínimo o número de cuotas incumplidas que variaría en razón del Estado y del tipo de procedimiento en el que se realizaría el bien.

Existen Estados en los que se establecen criterios orientadores seguidos por las entidades bancarias en los que se establecen mecanismos preprocesales que intentarían buscar la cooperación del deudor que incurra o se prevea incurrir en impago de un crédito hipotecario, cuyo fin sería evitar la ejecución del inmueble y reflotar la situación económica del deudor cuando tuviese un perfil de consumidor o vivienda habitual. Todo ello al margen del establecimiento de un porcentaje mínimo legal de cuotas incumplidas previsto para la generalidad de los préstamos.

De forma similar otros Estados no establecen disposiciones para entender en qué grado de incumplimiento se entendería vencida anticipadamente la deuda, sino que establecen criterios generales como plazos de gracia aplicables en determinadas situaciones de especialidad sensibilidad para el ejecutado o estándares interpretativos como la prohibición del abuso de derecho o deber de proporcionalidad. E incluso la suspensión del plazo para procederse a la ejecución por la apertura de un procedimiento dirigido a estudiar la validez de las condiciones del préstamo en determinados órganos de naturaleza administrativa.

LIII. Los medios de defensa del acreedor variarían en función del Estado miembro en cuestión. Como rasgo general y común los medios dirigidos a la impugnación del proceso o procedimiento de ejecución han de implicar un pronunciamiento de carácter jurisdiccional.

Uno de los principales medios de defensa común a los sistemas estudiados es la oposición del ejecutado, bien a la ejecución en sí o a actos ejecutivos concretos. La oposición se ha calificado de forma general por la doctrina de los Estados como un incidente de naturaleza declarativa, con una dinámica y principios diferentes a la tramitación del proceso de ejecución. Los motivos que el ejecutado podría invocar son

variables: existen Estados en los que los motivos son tasados y determinados, no pudiendo invocarse en el seno del proceso de ejecución todas las alegaciones y pruebas. La regla general sería no obstante que en el incidente de oposición las partes del proceso puedan alegar lo que a su derecho convenga, si bien los motivos para procederse a la suspensión del proceso ejecutivo mientras se resuelve el incidente pueden variar en su amplitud, o depender de una interpretación jurisprudencial más o menos flexible.

Otros medios de defensa para el deudor sería el establecimiento de una fase procesal en la que las partes tendrían la posibilidad de plantear todos los incidentes e impugnaciones que habrían de ser resueltos por el juez antes de decretar la tramitación específica para la realización del inmueble. Y otros en los que si bien no hay medios tasados de oposición a la luz de las declaraciones iniciales planteadas por las partes el órgano jurisdiccional decidiría de forma superficial o limitada (*prima facie*) la posibilidad de reconducir los trámites procesales a una audiencia plenaria con la posibilidad de las partes de plantear alegaciones o pruebas o seguir con las actuaciones ejecutivas.

LIV. Como regla general se admite la posibilidad de recurrir lo decidido en los respectivos procedimientos. En algunos Estados los motivos de recurso pueden ser limitados para determinadas partes del proceso, y su carácter suspensivo o no variará en función del ordenamiento procesal en cuestión.

LV. Los mecanismos para la realización del bien podrán adquirir importantes matizaciones en función del Estado miembro en cuestión.

En casi todos los Estados miembros se prevé la posibilidad de enajenar el bien inmueble a través de subasta pública como cauce principal. La subasta podrá adquirir mayor grado de publicidad o la obligación de los licitadores de comparecer o no o presentar depósito en función del Derecho procesal en cuestión. Como se ha analizado, hay Estados en los que existe un mecanismo de subasta electrónica, otros en los que es presencial y grados intermedios. Y también en los que las licitaciones se harían por escrito y en sobre cerrado en función del procedimiento.

Igualmente se prevén fórmulas alternativas a la subasta, que variará en función de la tramitación o el Estado miembro en cuestión. Por un lado, la asignación directa al ejecutante, cuyas condiciones o posibilidad de recurso al mecanismo serán variables. Por otro el acuerdo entre las partes del proceso de ejecución o la venta por determinadas entidades empresariales especializadas, cuyos matices de plazos y publicidad serán variables en función del Estado.

LVI. Los efectos de la ejecución de la hipoteca ante la interferencia de un proceso de insolvencia serán igualmente variables, si bien con rasgos comunes. Con carácter

general se admite la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria singular, asegurando el privilegio derivado de la garantía con mayor o menor porcentaje garantizado.

No obstante aspectos como el momento del proceso de insolvencia en el que se reanudan las actuaciones ejecutivas o la calificación con mayor o menor grado de privilegio de la parte de crédito que quede por satisfacer tras la realización del inmueble que serán variables, si bien es un rasgo común que no tienen el mismo privilegio que el producto derivado de la enajenación del bien inmueble.

LVII. En relación a la puesta en posesión del bien al ejecutado, puede afirmarse que con carácter general en los sistemas internos estudiados sería necesario un pronunciamiento de naturaleza jurisdiccional, bien concluido el proceso de ejecución (como resulta de la mayoría de sistemas estudiados), de cara a la preparación de la subasta o por un procedimiento autónomo al de la venta forzosa.

Con carácter general, los sistemas internos articulan la posibilidad de poner en posesión al ejecutante o un administrador judicial del inmueble hipotecado en el caso de causación de graves daños que hagan peligrar la devaluación de la garantía.

Los trámites procesales son variables, así como la posibilidad de suspender el procedimiento de puesta en posesión por motivos específicos. Un rasgo común de los procedimientos de puesta en posesión sería igualmente la necesidad de que el acreedor se asista de profesionales colaboradores de los órganos jurisdiccionales, así como de agentes de las fuerzas de seguridad del Estado en cuestión. Otro criterio asimilado sería que el antiguo propietario o arrendador adquiriría la condición de depositario o administrador judicial tras la transmisión de la propiedad y hasta la puesta en posesión, e igualmente la posibilidad de que haya un derecho de posesión protegido en el Derecho interno en cuestión que obstaculizaría la puesta en posesión del adquirente (como el arrendamiento).

LVIII. Como resultado de la política europea sobre los préstamos de dudoso cobro destaca la Propuesta de Directiva sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales de 14 de marzo de 2018, como primera propuesta dirigida a establecer criterios comunes de los procesos de ejecución de garantías. En el mismo se propone el establecimiento de un conjunto de adaptaciones en los Derechos procesales internos para la configuración de un procedimiento de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales.

La propuesta de Directiva con el procedimiento que propone se fundamenta en dos bases jurídicas diferentes: el art. 53 y el 114, ambos del TFUE. Entendemos que el recurso a la base jurídica del artículo 114 cumpliría parcialmente los requisitos establecidos en este precepto en relación a la regulación de un proceso de ejecución de

garantías a nivel europeo. Las razones serían que el establecimiento de un proceso de ejecución de garantías tendría como objeto mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sobre todo en relación a la libre circulación de capitales. E igualmente y como se ha puesto de manifiesto en las anteriores conclusiones, la existencia de diferencias entre las disposiciones legales de los Estados miembros que pueden obstaculizar dicha libertad fundamental al establecer condiciones dispares.

El TJUE exige el recurso a la base jurídica más específica como requisito de validez de lo legislado conforme al art. 114 TFUE. De este modo resulta necesario detenerse en la base jurídica contenida en el art. 81 TFUE, relativa a la cooperación judicial en asuntos civiles. Y máxime cuando lo pretendido por el prelegislador europeo es facilitar la ejecución transfronteriza de un documento extrajudicial. Entendemos que la especificidad de esta base jurídica debería haber sido tomada en cuenta por el prelegislador europeo a la hora de proyectar un proceso extrajudicial común de ejecución de garantías, y máxime teniendo en cuenta que bajo el mismo entre otros podrían ser ejecutados créditos transfronterizos. Pero el requisito la repercusión transfronteriza implica que no se confiere a la Unión competencia necesaria para reglamentar un proceso de ejecución de garantías aplicable a un escenario puramente interno como se pretende, debiendo complementarse con la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE. En relación a dicha cláusula entendemos que la consecución del ELSJ (art. 3-2 TUE) y el establecimiento del mercado interior (art. 3-3 TUE) se tratan de dos objetivos fijados en los Tratados que se contribuirían en conseguir con el establecimiento de un procedimiento de ejecución de garantías europeo admitiendo de tal modo el recurso a la cláusula de flexibilidad como complemento de base jurídica.

En definitiva, entendemos que para la armonización de un proceso de ejecución de garantías en el plano europeo el legislador europeo tendrá que emplear, de forma mixta, tres bases jurídicas distintas: La aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior del art. 114 TFUE, la cooperación judicial en materia civil del art. 81 TFUE, y debido a la repercusión transfronteriza debería emplearse junto con la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE. De lo contrario entendemos que, de conformidad a lo sostenido en anteriores conclusiones, podría peligrar la validez de la Directiva que se pretende adoptar.

LIX. De entre las opciones deliberadas por la comisión en la Propuesta de Directiva sobre recuperación de garantías reales se ha optado por escoger una armonización mínima de los procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías.

Mediante esta opción se exigiría que todos los Estados miembros estableciesen o adaptasen un procedimiento extrajudicial de ejecución para los préstamos garantizados, que se basaría en un conjunto de principios comunes. Como se ha comprobado habría Estados miembros que carecen de procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías o tienen formas diferentes. De aprobarse finalmente la Propuesta la obligación

de los legisladores nacionales sería la de introducir ese mecanismo en su marco jurídico o adaptar el sistema vigente a las normas mínimas de armonización.

Asumimos los argumentos generales a favor de la armonización mínima, en el sentido de que simplificarían la compleja adaptación que conllevaría la inserción de una institución jurídica autónoma, y que proporcionaría flexibilidad a los Estados miembros en la aplicación al marco nacional.

No obstante, entendemos necesario matizar determinadas medidas propuestas, bien por la posible contravención a los Derechos fundamentales contenidos en la CDFUE, a la interpretación de la jurisprudencia del propio TJUE o por suponer medidas que no dejan margen de flexibilidad a los Estados sin perseguir necesariamente el fin de la propuesta de Directiva.

LX. En relación al ámbito de aplicación objetivo material del procedimiento de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales se aplicaría a la ejecución de garantías mobiliarias e inmobiliarias definidas de conformidad a la configuración legal en los respectivos derechos internos. De este modo la Unión ha descartado la opción de configurar un modelo común o propio de garantía paralela a los ordenamientos privados de los Estados miembros con su correspondiente ejecución.

En lo referente al ámbito subjetivo, la Propuesta de Directiva se orientaría en relación con los contratos de crédito cubiertos por garantías celebrados entre los acreedores y los prestatarios empresariales. El procedimiento de ejecución extrajudicial se limitaría únicamente a los préstamos comerciales garantizados entre la institución crediticia, en calidad de acreedor, y un prestatario comercial.

La legitimación activa correspondería de este modo a las instituciones de crédito, en su definición dada en el Derecho de la Unión, y a los préstamos originados por ellos. La pasiva en los prestatarios comerciales en condición de empresa o empresario individual en calidad de deudor. El legislador comunitario propone excluir del ámbito de aplicación subjetiva al ejecutado que tenga la condición de consumidor. E igualmente en el supuesto de que los bienes inmuebles residenciales constituyan la residencia principal de un prestatario empresarial.

LXI. La Propuesta de Directiva apunta una regulación diferenciada del procedimiento de ejecución hipotecaria cuando el prestatario tenga la condición de consumidor o el procedimiento se dirija contra su residencia habitual y en aquellos casos en los que no lo sea.

Nada impediría que, en base al fenómeno de atracción del Derecho de la Unión Europea los respectivos legisladores nacionales, a la hora de transponer la Propuesta de Directiva configurasen procesos nacionales de ejecución hipotecaria igualmente

aplicables a consumidores que incumplan contratos de préstamo garantizado con hipoteca.

De hacerlo así, los Estados miembros habrán de tener en cuenta no sólo lo dispuesto en los arts. 19 y 28 de la Directiva 2014/17 como legislación positiva, sino que además y con mayor repercusión habrán de tener en cuenta toda la jurisprudencia que el TJUE ha dictado en interpretación del principio de efectividad dimanado de la Directiva 93/13 y que se apunta en el cuerpo de la tesis. En especial en lo referente a la posibilidad del prestatario de impugnar la ejecución, la suspensión de la tramitación y la posibilidad de recurso, pues en dicho caso el Estado miembro que transponga correrá un elevado riesgo de que la legislación interna en cuestión sea interpretada como contrario respecto de las Directivas citadas.

LXII. Una de las características esenciales del procedimiento de ejecución de derechos de garantía propuesto por la Comisión sería su naturaleza extrajudicial. Las razones de dicha opción por la Comisión estribaron en el hecho de resultar la armonización judicial más invasiva, menos proporcional y más posiblemente discutible bajo los Ordenamientos constitucionales y civiles internos nacionales. A pesar de la postura de la Comisión entendemos que el debate sobre la constitucionalidad y posible exceso a la luz del principio de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad podrían plantearse, en igual o superior grado, respecto de la ejecución extrajudicial.

Como se ha sostenido en anteriores conclusiones, esta opción legislativa se encuentra en sintonía con las tradiciones procesales de la mayoría de los Estados miembros, que admiten como regla general y a pesar de las asimetrías la posibilidad de que las partes puedan pactar enajenar el bien inmueble gravado con hipoteca a través de un proceso extrajudicial. Y de igual forma con los criterios internacionales del Instituto UNIDROIT.

El texto deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros para designar en las respectivas legislaciones internas al profesional que habrá de asistir del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías, pudiendo ostentar naturaleza notarial, naturaleza de agente judicial e incluso un agente público que nada impide que se trate de personal al servicio de la Administración de justicia.

Consideramos que, si bien hubiese sido preferible que el prelegislador comunitario hubiese posibilitado en su propuesta legislativa la opción de que los Estados estableciesen un procedimiento tanto de naturaleza jurisdiccional o extrajurisdiccional, la obligación de adaptar o posibilitar los ordenamientos procesales internos a la tramitación de un proceso extrajudicial como el establecido en la propuesta de Directiva no constituye una intromisión excesiva o desproporcional en los sistemas establecidos tradiciones jurídicas internas, que en consonancia a los criterios internacional van asimilando paulatinamente a una desjurisdiccionalización del proceso de ejecución en conjunto con el fortalecimiento de la vía extrajudicial.

En cualquier caso, un requisito esencial de procedibilidad para acudir a dicho procedimiento extrajudicial sería el expreso acuerdo de las partes.

LXIII. El procedimiento se iniciaría mediante notificación del acreedor al prestatario, en el que habrá de constar una serie de información reflejada en la Directiva. De no realizarse el pago por parte del prestatario, el procedimiento extrajudicial acelerado continuaría.

La Propuesta de Directiva establece la obligación de que los Estados miembros “velarán” para que el acreedor ofrezca al prestatario empresarial un plazo razonable para la realización del pago y procure evitar el uso de este mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales. El tenor de este precepto sería de suma amplitud y discrecionalidad, no estableciéndose estándar alguno de la “razonabilidad” al igual que se critica con el art. 28-1 de la Directiva 2014/17. De esta forma en la práctica se facultaría a los Estados miembros a mantener sus regímenes de vencimiento anticipado y pago en sus respectivos tenores actuales sin imponerse ninguna conducta expresa más allá del plazo de cuatro semanas desde la notificación del requerimiento previo informativo.

Entendemos que hubiese sido más claro para los operadores jurídicos el expreso establecimiento del impago del crédito garantizado como supuesto de ejecución a efectos de la Directiva, y asimismo establecer unos criterios comunes para que el acreedor ejecutante pueda vencer anticipadamente la deuda, como ocurre en gran parte de los ordenamientos jurídicos internos. De este modo habrá de entenderse que el préstamo quedará vencido anticipadamente en función de la naturaleza del pacto entre las partes reflejado en el contrato de préstamo, modulado por los límites legales establecidos en cada uno de los respectivos Estados miembros.

LXIV. La Propuesta de Directiva establece que los Estados miembros velarán por que el prestatario empresarial no esté autorizado a disponer de los activos aportados como garantía a partir de la recepción de la notificación, y estará sujeto a la obligación general de cooperar y proporcionar toda la información pertinente cuando pueda aplicarse el mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada. Si bien la obligación de cooperación en la ejecución se encuentra codificada en diversos ordenamientos internos, entendemos que la prohibición de disponer del bien afecto podría atentar contra las tradiciones jurídicas nacionales. La objeción a la transmisibilidad de los bienes muebles o inmuebles embargados o hipotecados supondría un atentado contra la teoría de la indisponibilidad y su carácter general. De aprobarse dicha prohibición de disponer podría ser susceptible de limitar el Derecho de propiedad del ejecutado, pudiendo haber optado el prelegislador de la Unión por haber acogido otra fórmula más proporcional y respetuosa con el mismo (como garantizar la afección del bien al proceso de ejecución extrajudicial con independencia de que el ejecutado tenga la condición de propietario o un tercero).

Entendemos que ello supone una contravención a la obligación que tiene el legislador de la Unión de respetar el derecho al disfrutar de la propiedad de toda persona establecido en el art. 17 CDFUE, vinculante para el legislador de la Unión en el ejercicio de su facultad legislativa y cuya subsanación consideramos necesaria.

LXV. Como mecanismos de realización, la Propuesta de Directiva establece unos requisitos previos, y da la opción a los legisladores nacionales de elegir uno de tres mecanismos: la apropiación o asignación directa, la subasta pública y la venta privada.

Como norma común se establece la obligación de tasar el valor a efectos de ejecución. Como rasgos fundamentales, se prevé el acuerdo entre acreedor y deudor para el nombramiento, y la designación judicial del mismo como criterio subsidiario. La tasación debe realizarse una vez producido el incumplimiento, y el prestatario tendría el derecho a impugnar judicialmente la valoración. Entendemos que esta norma, de aprobarse definitivamente, adquiriría un tenor imperativo, obligando sin margen de apreciación a los Estados miembros a adaptar los Ordenamientos jurídicos internos en pos de procurar un valor real actualizado al momento del incumplimiento.

LXVI. La apropiación o asignación directa implicaría la obligación de abonar al prestatario la diferencia entre el saldo vivo del contrato de crédito garantizado y la valoración del activo. Para la valoración del inmueble al momento del incumplimiento la Propuesta de Directiva no se remite a la obligación contenida en la misma para los criterios establecidos de valoración a efectos de subasta y venta. Entendemos que de forma teleológica se infiere que sería la forma de valoración y máxime tratándose de un procedimiento con menos publicidad que la subasta y la venta, pero entendemos que sería aconsejable que en la Propuesta expresamente se estableciese que el procedimiento de valoración ha de aplicarse a los supuestos de apropiación.

El primero de los mecanismos de realización regulado es la subasta pública. La Propuesta de Directiva no regula la totalidad de las fases de la subasta, sino que se establecen principios y orientaciones generales de obligado cumplimiento para los Estados miembros. Entre ellos destacaría la publicación del momento y lugar de la subasta, que el acreedor haya procurado atraer al mayor número de compradores posibles, el deber de notificación al prestatario, la valoración conforme a los criterios antes apuntados y diferentes límites mínimos para aprobar el remate.

Nuestra crítica principal al modelo de subasta que la Comisión pretende introducir en su Propuesta de Directiva es la poca publicidad que se derivará de la misma, a través de múltiples conceptos indeterminados. Dentro de los modelos de realización del activo el prelegislador de la Unión parece haber preferido tomar como referencia modelos de subasta puramente presencial en la que el acreedor individualmente asume el protagonismo de la preparación de la subasta y su publicidad tiende a ser limitada en

comparación con los modelos de subasta electrónica. Cabría preguntarse si hubiese sido la mejor oportunidad de crear un Portal Europeo de Subastas, donde se publiciten las subastas de todos los procedimientos extrajudiciales acelerados y cualquier ciudadano o empresa de la Unión tenga la posibilidad real y efectiva de pujar desde cualquier Estado miembro.

Con la venta privada el banco se encargaría de vender los bienes en nombre del deudor con el fin de recuperar el máximo valor de la venta. La Propuesta de Directiva establece unas garantías similares a las de la subasta.

LXVII. La Propuesta de Directiva no establece qué parte tendrá que soportar los costes del procedimiento extrajudicial, en especial cuando en virtud del Derecho nacional deba de ser asistido de profesional cuyos honorarios deban de ser abonados a expensas de las partes. Al guardar silencio la Propuesta tal cuestión quedará ordenada en los respectivos Derechos nacionales, y ante la asimetría de regímenes, sobre todo ante la intervención extrajudicial nos preguntamos si sería deseable el establecimiento en la Propuesta de Directiva de criterios para determinar qué parte y en qué proporción debería asumir los costes del procedimiento, o si se considerarían parte del saldo vivo de la ejecución.

LXVIII. En caso de que el importe obtenido tras la realización fuese inferior al saldo vivo del contrato de crédito garantizado, la Propuesta de Directiva establece que los Estados miembros podrán prever la liquidación de todas las obligaciones derivadas de dicho contrato, con arreglo a la legislación nacional aplicable. De este modo se permitiría la posibilidad de reclamar la cantidad que falte para satisfacer el saldo del crédito garantizado si el producto de la realización del activo garantizado fuese insuficiente. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acogerse al procedimiento de exoneración de deudas o *fresh start* regulado en la Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones.

LXIX. El legislador de la Unión ha desglosado la tramitación del procedimiento extrajudicial de ejecución acelerada en dos esferas. Por un lado, el procedimiento tendente a la venta forzosa del bien inmueble, tramitado por autoridades o profesionales que no son órganos jurisdiccionales. Por otro las posibles impugnaciones que puedan surgir de dicho procedimiento, controlando la ilicitud de la ejecución que dado su carácter contencioso tendrían que ser conocidas por los jueces y tribunales de los diferentes Estados miembros.

Los Estados miembros velarán por que el prestatario empresarial tenga derecho a impugnar uso del mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales bajo dos motivos: (1) cuando la venta de los activos aportados como garantía no se haya

llevado a cabo de conformidad con las disposiciones de los requisitos de apropiación o adjudicación directa y las garantías de la subasta pública y venta privada, o (2) cuando la valoración de los activos no se haya efectuado de conformidad con las disposiciones nacionales relativas a los requisitos de la tasación a efectos de ejecución. Si bien la Propuesta de Directiva no impide que los Estados puedan establecer un régimen amplio en relación a los motivos de oposición, sí establece dos mínimos, pudiendo cumplir los Estados miembros en su transposición al limitar el conocimiento judicial de la impugnación a los mismos.

Entendemos que el legislador de la Unión ha olvidado incluir un importante motivo de oposición: que el prestatario ejecutado tenga la condición de consumidor a los o que el bien inmueble constituye la residencia principal de un prestatario empresarial. Con mayor motivo en razón al esfuerzo del legislador europeo de desarrollar el proceso extrajudicial acelerado al margen del Derecho europeo de consumo. En tanto que el procedimiento no tiene fase de admisión ni control jurisdiccional, cabría la posibilidad jurídica de que el procedimiento extrajudicial acelerado fuese iniciado contra una persona que tuviese la condición de consumidor. Por ello entendemos que la inclusión de dicho motivo de impugnación en la Propuesta de Directiva como de capital importancia.

La posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución por el planteamiento de impugnación no se prevé en la Propuesta de Directiva, quedando al margen del principio de autonomía procesal de cada Estado miembro. En la línea de la jurisprudencia del TJUE quizás sea deseable prever la suspensión en el supuesto de que se impugne el procedimiento de ejecución, en caso de que el motivo sea la condición de consumidor del ejecutado o la ejecución sobre la residencia habitual.

LXX. El legislador europeo debe tener en cuenta otra circunstancia fundamental: debe garantizarse que el control de oficio sea llevado a cabo por un órgano jurisdiccional, en cualquier caso. En la norma no se contiene ninguna obligación por parte de determinados profesionales que intervienen y dirigen determinados procedimientos extrajudiciales de ejecución de llevar a cabo dicho control de oficio. Como apunta la doctrina del TJUE, las obligaciones que el Derecho europeo configura para el ejercicio de la función judicial no son aplicables a la función notarial dadas sus diferencias, lo que se haría extensivo a la facultad de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales. De este modo hubiese sido necesario, para garantizar al máximo el deber de invocar de oficio el carácter abusivo de una cláusula o bien establecer la obligación de los profesionales intervinientes para examinar de oficio (susceptible de control jurisdiccional), o que ante dichas cláusulas los profesionales extrajudiciales denieguen sus servicios, quedando libre la vía judicial para el control de dichas cláusulas. Entendemos muy necesaria una revisión de la Propuesta de Directiva en tal sentido.

LXX. La Propuesta de Directiva establece que los Estados miembros velarán por que, cuando una entidad de crédito o una filial de esta cedan a terceros un contrato de crédito garantizado que otorgue el derecho a recurrir a la ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales, esos terceros adquieran el derecho a utilizar el mecanismo de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales en caso de impago del prestatario empresarial en las mismas condiciones que la entidad de crédito.

Si bien la Propuesta de Directiva disipa las posibles dudas que puedan suscitarse respecto a la ejecutabilidad del crédito cedido conforme a los Ordenamientos internos, otorgando al tercero adquirente del crédito el mismo derecho que la entidad de crédito, entendemos que debería haberse procurado clarificar el acceso al procedimiento extrajudicial acelerado de préstamos garantizados titulizados. Y en particular si la legitimación activa del procedimiento recaería sobre el titular del crédito titulizado o sobre el titular del valor derivado del mismo, pues de lo contrario se incrementaría el riesgo del desarrollo de una regulación diferenciada en cada uno de los Estados miembros.

LXXI. Con referencia a la relación entre los procedimientos de insolvencia y el procedimiento extrajudicial acelerado, la Propuesta establece que los Estados miembros dispondrán que la prioridad asociada a derechos sobre la misma garantía real que entren en competencia no se vea afectada por la ejecución de uno de esos derechos.

La introducción del procedimiento de ejecución europeo en el marco nacional no afectaría al derecho nacional de insolvencia de los Estados miembros, y en particular de la prioridad que los Ordenamientos internos establezcan para el cobro del producto derivado de la ejecución.

Los Estados miembros velarán por que, cuando se inicie un procedimiento de insolvencia en relación con un prestatario empresarial, la realización de las garantías reales con arreglo a la legislación nacional de transposición de la Propuesta de Directiva esté sujeta a una suspensión de las acciones de ejecución individuales. La mayoría de Estados prevén la suspensión de los procedimientos de ejecución individuales, incluido los derivados de la ejecución de la hipoteca. Si bien la suspensión de la ejecución tiene una extensión diferenciada, variando en función de la fase en la que se encuentre el procedimiento de insolvencia del Estado miembro correspondiente, tal será materia competente del ordenamiento interno de cada Estado y sometido al principio de autonomía procesal.

CONCLUSIONI

Dall'analisi delle questioni trattate nei capitoli precedenti si possono trarre le seguenti conclusioni:

I. Si possono distinguere due dimensioni dell'armonizzazione europea della procedura civile, aventi basi giuridiche diverse. Da un lato, la dimensione derivata dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di natura orizzontale; dall'altro con natura verticale o settoriale, l'armonizzazione fondata su differenti basi giuridiche specifiche, come il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

II. L'articolo 345 TFUE stabilisce l'impossibilità, da parte dei trattati, di pregiudicare il regime di proprietà esistente negli Stati membri. Questo precetto, grazie alla sua interpretazione teleologica e all'evoluzione giurisprudenziale, non osta allo sviluppo di un diritto di proprietà europeo o di una regolamentazione comune europea nel campo dei diritti reali.

Tuttavia, questo articolo non conferisce implicitamente all'Unione la competenza a regolamentare i diritti di proprietà degli Stati membri. Ciò richiederà il ricorso ad altre basi giuridiche previste dai trattati di diritto primario.

III. Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) è stato concepito per fornire ai cittadini dell'Unione un quadro normativo privo di frontiere interne, partendo dal presupposto che le libertà del mercato interno e le libertà che ne derivano implicano la necessità di garantire un elevato livello di giustizia. In questo modo, l'evoluzione legislativa dell'Unione si è concentrata sulle questioni derivanti dalla giustizia, come conseguenza del processo di integrazione europea.

IV. La configurazione generale dello SLSG è disciplinata dall'art. 67-1 del TFUE, in quanto competenza condivisa tra l'Unione e gli Stati membri ai sensi dell'art. 4-2 j) del TFUE. Essa stabilisce, innanzitutto, i requisiti della politica di sicurezza atti a garantire la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione.

L'art. 67-1 TFUE fa specifico riferimento al rispetto dei diritti fondamentali della CDFUE, quale requisito fondamentale nell'ambito del diritto dell'Unione,; tale presupposto è, ad ogni modo, principio cardine alla base di tutto il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 6 TUE, il quale conferisce alla CDFUE il medesimo valore giuridico dei trattati, indicando i diritti fondamentali quali principi generali del diritto dell'Unione.

V. In egual modo, il comma 4 dell'articolo 67 del TFUE stabilisce anche l'obbligo generale, rivolto al legislatore dell'Unione, di facilitare "l'accesso alla giustizia". I principi enunciati in tale articolo, quali il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, nonché tutti quelli su cui si fonda l'armonizzazione in materia di diritto processuale civile, devono coesistere ed essere compatibili con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, consolidato anche nell'articolo 47 CDFUE.

Dalla lettura dell'art 67-4 TFUE emerge, quale criterio ispiratore dell'interpretazione della legislazione europea, con maggiore impatto in ambito giudiziario anziché come base giuridica in materia processuale, ciò che di seguito meglio si specifica.

VI. L'obiettivo della cooperazione giudiziaria in materia civile è quello di facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, in modo da consentire a una decisione emessa in uno Stato membro di avere un impatto in un altro Stato membro, concretizzandosi, così, l'obiettivo di libera circolazione derivante dai rispettivi settori di libertà di mercato propugnato dall'Unione.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la base giuridica risiede nell'articolo 81 del TFUE. Il suo oggetto si sta progressivamente riflettendo in diversi ambiti di armonizzazione consentiti dalla legge, con misure di ampia portata come la

garanzia di “un accesso effettivo alla giustizia” (lettera e). La formulazione dell'articolo 81 sembra discostarsi dallo scopo originario della disposizione, giacchè essa doveva servire da quadro di riferimento per la cooperazione tra Stati nel campo del diritto processuale internazionale privato, a livello comunitario. Tuttavia, a nostro avviso, il requisito ivi contenuto, limita l'implicazione transnazionale delle norme derivanti da tale base giuridica.

VII. Con riferimento alla dizione “implicazioni transnazionali” sulla base giuridica della cooperazione giudiziaria in materia civile, riteniamo che questo non possa essere un titolo che consenta all'Unione di legiferare sui rapporti giuridico-procedurali all'interno degli Stati membri.

Tale requisito offre un notevole margine di interpretazione al legislatore europeo, che lo ha talvolta interpretato in modo molto flessibile e talvolta molto restrittivo. Tuttavia, sebbene il requisito possa essere attenuato in funzione del suo ambito di applicazione materiale o personale in circostanze diverse, esso dovrà essere limitato o circoscritto ai casi in cui la normativa emanata in base alla competenza di cui all'art. 81 del TFUE comporti, o prevedibilmente possa comportare, la cooperazione tra le autorità giudiziarie di diversi Stati membri dell'Unione. L'ambito di applicazione non può superare tale limite, nella misura in cui disciplina questioni procedurali che non riguardano rapporti giuridici di portata più ampia di quella di uno Stato membro dell'Unione.

L'articolo 81 del TFUE, pur prevedendo un'armonizzazione orizzontale, che riguarda più fasi del processo, ne riduce il campo di applicazione a causa delle implicazioni transnazionali. Si tratta di un'esigenza materiale radicale per il legislatore dell'Unione, che avrà necessariamente ripercussioni sulla legislazione derivante da questa base giuridica.

VIII. L'articolo 81-2 del TFUE prevede che la legislazione adotti le misure necessarie, “in particolare”, per il corretto funzionamento del mercato interno. Si noti che tale requisito non appare, ad oggi, così rigido; infatti, se si guarda alla prassi legislativa precedente, facente leva sulla versione del precetto in cui tale presupposto era di natura obbligatoria, comprendiamo come il legislatore abbia fornito un'interpretazione del tutto flessibile e lacunosa. Infatti, nonostante la debolezza della motivazione degli atti legislativi di cooperazione giudiziaria civile, basati su tale esigenza, essi non sono mai stati annullati, risultando tutt'ora vigenti.

IX. Il quadro dell'SLSG per la cooperazione giudiziaria in materia civile, non fornisce una base giuridica adeguata per l'armonizzazione procedurale in ambito civile. Si tratta, in particolare, dei casi in cui il diritto armonizzabile non ha implicazioni

transnazionali, le quali costituiscono un chiaro ostacolo al progresso dell'attività legislativa in questo settore.

Per questo motivo diverse proposte legislative in materia procedurale sono state riorientate verso una diversa base giuridica ravvisabile nel ravvicinamento delle legislazioni finalizzato all'istituzione e al funzionamento del mercato interno, così come all'articolo 114 del TFUE. Ciò non richiederebbe, a priori, che per la sua applicazione la controversia abbia un'implicazione transnazionale, consentendone un più ampio campo di applicazione pratico.

Così, in settori specifici del diritto dell'Unione (come la legislazione sulla mediazione e sui mezzi alternativi di risoluzione delle controversie) sono emersi due sistemi armonizzati paralleli con due diverse basi giuridiche. Ci rendiamo conto che ciò potrebbe causare problemi di adattamento alla legislazione nazionale, oltre che ritardi e confusione.

X. Nel diritto derivato legiferato sulla base dell'art. 81 TFUE, sono state apportate minuziose specificazioni in merito allo svolgimento di procedimenti giudiziari per la trattazione di questioni relative ai diritti di proprietà degli Stati, in particolare nel Regolamento 1215/2012.

Il suo elenco di competenze obbligatorie, o di competenza esclusiva, stabilisce una specialità in materia di diritti reali immobiliari e di contratti di locazione di beni immobili nei confronti dei giudici dello Stato membro in cui l'immobile è situato. Nonostante l'ampiezza del termine "diritti reali immobiliari", la Corte di giustizia dell'Unione europea interpreta generalmente questo concetto in modo restrittivo.

Infatti, tale concetto giuridico, di natura autonoma, non coincide necessariamente con i diritti reali sui beni immobili così come definiti dai sistemi interni nazionali. La differenza tra un diritto reale e un diritto personale, conformemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza della CGUE ed in riferimento all'azione con la quale viene rivendicato, starebbe nella possibilità di essere opponibile a tutti (*erga omnes*) oppure alla singola persona. Altresì, si differenzia il caso in cui un soggetto può o meno intentare un'azione contro il titolare del diritto poichè ad essere rivendicabile è un diritto di rango superiore.

La CGUE ha ammesso, in relazione ad una procedura di esecuzione ipotecaria, che, sebbene l'azione di esecuzione abbia la natura di un'azione vera e propria, l'opposizione alla esecuzione contenuta nella legge nazionale, dato il suo contenuto dichiarativo, sarebbe di natura personale. Critichiamo il criterio stabilito dalla CGUE, in quanto, sebbene la natura giuridica dell'opposizione possa essere diversa da quella del procedimento esecutivo principale nel suo complesso, il diritto nazionale può impedire la possibilità di trattare incidentale separatamente (date le due diverse giurisdizioni) dal

procedimento principale. Analogamente, lo stesso Regolamento 1215/2012 prevede che l'organo che si occupa del procedimento principale si occupi anche degli incidentali.

XI. L'articolo 114 del TFUE è stato, e continua ad essere, utilizzato come base giuridica per una vasta gamma di misure settoriali che armonizzano alcuni aspetti del Diritto processuale civile.

Il primo comma dell'articolo 114 definisce un campo di applicazione specifico: le disposizioni giuridiche degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. L'eventuale ambiguità di questo termine potrebbe attribuire diversi livelli di intensità all'azione legislativa dell'Unione, mentre la sua portata potrebbe o meno offuscare la ripartizione delle competenze stabilita tra l'Unione e gli Stati membri.

XII. Attraverso il ravvicinamento delle disposizioni giuridiche degli Stati membri, le diverse legislazioni nazionali sarebbero unificate attraverso la cosiddetta "integrazione giuridica dell'Unione europea". L'ordinamento giuridico dell'Unione creerebbe una propria legislazione codificata direttamente applicabile nei sistemi interni. Esistono tre tipi di integrazione: armonizzazione, coordinamento e standardizzazione.

Per armonizzazione si intende l'eliminazione di tutto ciò che impedisce alle norme di avere effetti simili nella loro applicazione a livello nazionale, attraverso gradi diversi. Una caratteristica dell'armonizzazione è la necessità di modificare il diritto nazionale, con un maggiore o minore grado di discrezionalità per gli Stati. Pertanto, se l'oggetto della materia regolamentata è la creazione di un'istituzione giuridica specifica del diritto dell'Unione, la quale non apporta alcuna modifica al diritto nazionale aggiungendosi ad esso, si potrebbe rinunciare al ricorso all'articolo 114, poichè non risulterebbe necessario modificare le norme nazionali. In tal caso, se la norma europea lasciasse intatte le norme nazionali, si potrebbe pensare al ricorso ad un'ulteriore base giuridica e, laddove risultasse necessario, all'applicazione della clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE.

All'interno dei livelli di armonizzazione, è necessario rispettare: la formulazione, il significato e lo scopo di ogni disposizione normativa. I due principali gradi di armonizzazione sarebbero il massimo (o completo) e il minimo. Il massimo regolerebbe in modo esaustivo un determinato settore, stabilendo sia il pavimento che il tetto di protezione della norma stessa, senza lasciare agli Stati membri alcun margine per introdurre o mantenere disposizioni nazionali contrastanti. Lo standard minimo consentirebbe agli Stati membri di fissare standard più elevati di quelli prescritti a livello UE.

Tra le altre figure di integrazione, spiccherebbe il coordinamento, implicante l'esecuzione di modifiche nelle legislazioni interne al fine di stabilire semplicemente linee

generali comuni (presupponendo il livello minimo di integrazione giuridica) e l'uniformazione (assimilata alla massima armonizzazione), così da garantire la piena coincidenza di regole comuni.

XIII. Nell'ambito del diritto processuale civile, l'armonizzazione acquisirebbe specifiche sfumature, attraverso la definizione di linee guida generali e di standard procedurali minimi che obbligherebbero gli Stati ad agire positivamente per adattare i rispettivi sistemi interni. È preferibile escludere un'articolazione basata sulla mera enunciazione di principi, in quanto essi consentirebbero interpretazioni disparate e darebbero luogo a maggiori margini di discrezionalità giudiziaria. In questo senso, si preferisce un'armonizzazione dei minimi che faccia riferimento alle questioni fondamentali del processo, consentendo agli Stati di adattare le linee guida generali con sufficiente flessibilità per preservare le tradizioni giuridiche, pur raggiungendo contenuti essenziali unificati.

XIV. La giurisprudenza della EUJEC ha stabilito criteri generali per determinare la base giuridica concreta e appropriata per l'armonizzazione in un determinato settore. Ciò deve basarsi su elementi oggettivi, quali lo scopo principale, o predominante, ed il contenuto.

Il ricorso a una base giuridica errata può portare all'invalidità dell'atto, in particolare nel caso in cui la base giuridica appropriata prevede una procedura di adozione diversa da quella effettivamente seguita. Nell'ambito del sistema delle competenze dell'Unione, la scelta della base giuridica di un atto legislativo non può dipendere unicamente dalla convinzione di un'istituzione rispetto allo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi e suscettibili di controllo giurisdizionale. Ciò richiede una particolare chiarezza e precisione nella motivazione, soprattutto se adottate secondo procedure legislative con regole diverse.

Se dall'esame di un provvedimento emerge che esso persegue un duplice obiettivo o ha una duplice componente e uno di questi obiettivi o componenti può essere considerato principale o predominante, mentre l'altro è solo accessorio, l'atto legislativo deve essere basato su un'unica base giuridica. Diverso è il caso in cui il legislatore dell'Unione applichi criteri o standard aggiuntivi per verificare il giudizio di adeguatezza con la base giuridica, come i principi di proporzionalità o di sussidiarietà.

XV. La CGUE ha dichiarato la nullità degli atti legislativi per l'uso improprio o ultra vires dell'art. 114 TFUE.

Se si utilizza una doppia base giuridica per il perseguimento di due obiettivi diversi, l'articolo 114 TFUE può essere interpretato come una disposizione residuale e

sussidiaria che non sarebbe applicabile se vi fosse un'altra base giuridica più specifica, in particolare se la procedura dell'articolo 114 TFUE richiede maggioranze più flessibili rispetto all'altra base giuridica, godendone dell'utilizzo al fine di aggirare la rigidità della procedura legislativa legata all'altra base giuridica. In questa situazione, un atto legislativo adottato sulla base delle disposizioni per il ravvicinamento del mercato interno, non potrebbe fungere da base giuridica residuale per l'armonizzazione di materie già previste in altre basi giuridiche più specifiche, anche con il pretesto che vede nello scopo dell'atto legislativo quello di raggiungere obiettivi perseguiti sulla base dell'articolo 114.

Se una materia può essere armonizzata con uno dei mezzi preferenziali contenuti nello stesso articolo 114, considerato di alto livello di protezione (insieme alla salute, alla sicurezza e alla tutela dei consumatori), il legislatore comunitario deve basare l'atto legislativo su tale precetto, generando così una visione espansiva. Questa sarebbe l'eccezione all'interpretazione dell'art. 114 come base giuridica residua in assenza di un'altra base giuridica più specifica.

XVI. Un atto legislativo adottato sulla base dell'articolo 114 dovrebbe mirare a migliorare effettivamente le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Ciò stabilisce i seguenti presupposti di attuazione per la comprensione di una valida armonizzazione in base a questo precetto: 1) l'esistenza di disparità tra le normative nazionali e 2) l'esistenza di un rischio astratto di ostacoli alle libertà fondamentali del mercato interno o di distorsioni della concorrenza che potrebbero derivare da tali disparità. La scelta dell'articolo 114 come base giuridica potrebbe quindi essere giustificata e la violazione di questi presupposti potrebbe, come ha stabilito la Corte di giustizia europea, comportare la nullità dell'atto legislativo armonizzato in base a tale base giuridica. D'altro canto, l'articolo 115 consentirebbe l'armonizzazione delle norme nazionali il cui oggetto non è la regolamentazione del mercato, ma l'effetto su di esso (anche se per la sua adozione sarebbe necessaria l'unanimità in seno al Consiglio).

La semplice constatazione della presenza di disparità tra norme nazionali o, l'esistenza di un rischio astratto che possa pregiudicare l'esercizio delle libertà fondamentali del mercato interno ovvero la presenza di distorsioni della concorrenza, non sono presupposti sufficienti a giustificare l'applicazione dell'art. 114 nelle more di un'azione legislativa; viceversa non ci sarebbero più limiti ai poteri del legislatore comunitario.

XVII. L'articolo 114 del TFUE non costituisce una base giuridica adeguata per introdurre un regime giuridico coesistente del diritto dell'Unione che integri il diritto nazionale senza armonizzarlo o sostituirlo. Pertanto, se il diritto dell'Unione crea nuove disposizioni che si sovrappongono alle disposizioni nazionali, sarebbe necessario

ricorrere ad un'altra base giuridica supplementare, come l'articolo 352 TFUE sulla clausola di flessibilità, che costituisce un limite supplementare all'articolo 114.

XVIII. Le condizioni restrittive per l'applicazione dell'articolo 114 TFUE non ostano a che si tenga conto di interessi diversi dall'integrazione dei mercati o dal perseguimento di obiettivi puramente economici (articolo 114, primo comma) quando si adottano misure di armonizzazione ai sensi dell'articolo 114, terzo comma. Nel terzo paragrafo, l'articolo fa riferimento alla necessità di raggiungere elevati livelli di protezione in alcuni settori, come la salute, la sicurezza, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori.

Il solo fatto che tali obiettivi siano un fattore decisivo nelle decisioni adottate non può impedire al legislatore dell'Unione di utilizzare l'articolo 114 TFUE come base giuridica. Infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha progressivamente ammesso la validità della legislazione sviluppata ai sensi dell'articolo 114 quando l'oggetto dell'armonizzazione richiede un elevato livello di protezione. In ogni caso, per quanto riguarda la legislazione con obiettivi di elevato livello di tutela, il legislatore deve rispettare i principi di proporzionalità e sussidiarietà.

Quasi tutti gli atti legislativi dell'Unione armonizzati ai sensi dell'art. 114 del TFUE la cui invalidità è stata discussa in sede di CGUE sono stati dichiarati validi, anche se non perseguono principalmente il contenuto dell'art. 114 comma 1, soprattutto nelle questioni sopra menzionate basate su un elevato livello di protezione.

XIX. Si pone la questione se l'articolo 114 possa costituire una base giuridica accettabile per l'armonizzazione del diritto processuale europeo, in tutto o in parte.

Gli scritti scientifici europei hanno espresso opinioni contrastanti, in varia misura, sulla possibilità di utilizzare il ravvicinamento delle legislazioni per l'istituzione e il funzionamento del mercato interno come base giuridica sufficiente per armonizzare il diritto processuale civile pro e contro, nonché in relazione alle posizioni intermedie.

In questa tesi si assume una limitata ammissione del potere di legiferare in materia di diritto processuale civile, in virtù della quale la base dell'articolo 114 deve essere accettata con molta cautela dalle istituzioni europee. Anche se, assumendo posizioni favorevoli, un'azione legislativa in materia procedurale può essere necessaria per l'istituzione e il funzionamento del mercato interno, il principio di sussidiarietà svolgerebbe un ruolo essenziale nella misura in cui l'Unione non può intervenire se l'obiettivo perseguito non può essere raggiunto dagli Stati membri e può essere realizzato meglio a livello comunitario. Pertanto, nel campo del diritto processuale civile, è un compito difficile garantire che gli obiettivi dell'Unione non possano essere raggiunti a livello comunitario meglio che nel suo trattamento statale interno, soprattutto quando i

diritti processuali nazionali sono più completi e omogenei degli strumenti legislativi dell'Unione in questo campo.

Alla luce delle rispettive leggi procedurali nazionali, le analisi di diritto comparato non sono riuscite a trovare una soluzione comune. Allo stesso modo, il diritto processuale civile, così come il funzionamento della giustizia, influisce sul nocciolo duro della sovranità dei diversi Stati.

Ciononostante, comprendiamo che la posizione negazionista, che è in declino di fronte alla prassi legislativa dell'Unione, deve essere scartata, avendo utilizzato l'articolo 114 come base giuridica in diverse occasioni per legiferare in materia di diritto processuale civile senza che esso sia stato contestato dalla CGUE, con la necessità di presumere la validità del diritto derivato e la sua perfetta rispondenza all'ambito oggettivo dell'articolo 114 del TFUE. Sebbene l'oggetto di questo precetto, e i limiti che esso comporta, debbano essere presi in considerazione, si potrebbe anche accettare che una legislazione nel suo ambito di applicazione che abbia contenuti o ripercussioni sul diritto processuale in sé non debba essere intesa come automaticamente contraria ai limiti dell'art. 114 TFUE.

XX. In questo modo, assumiamo una possibilità limitata di armonizzare il diritto processuale civile sulla base dell'articolo 114 del TFUE, che porterebbe all'utilizzo di formule di armonizzazione non assolute per l'integrazione del diritto processuale civile europeo. Ciò comporterebbe un'armonizzazione minima, che fornirebbe agli Stati la possibilità di adattare il diritto processuale nazionale in modo più libero e nel rispetto delle tradizioni giuridiche nazionali. L'armonizzazione minima implicherebbe la definizione di principi generali che garantiscano l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, ma allo stesso tempo darebbero agli Stati membri un margine di manovra per ottenere un adeguamento il più possibile rispettoso dei diritti processuali civili nazionali.

Come secondo requisito per un'armonizzazione che rispetti pienamente i requisiti previsti dai trattati di diritto primario, si deve tener conto del criterio della maggiore specificità della base giuridica che emerge dalla giurisprudenza analizzata nel corpo della tesi. Quando il legislatore dell'Unione intende intraprendere un'armonizzazione che ha come obiettivo principale l'armonizzazione del Diritto processuale civile, dovrà anche ricorrere alla base giuridica complementare dell'articolo 81 del TFUE, o quando si chiede la creazione di una propria istituzione, che si aggiungerà alle rispettive legislazioni nazionali alla clausola di flessibilità dell'articolo 352 del TFUE.

XXI. L'effetto di qualsiasi riforma europea deve essere attentamente valutato in termini di impatto sull'ordinamento giuridico nel suo complesso, poiché l'azione

legislativa dell'Unione in materia procedurale rischierebbe di uniformare alcune questioni, che potrebbero generare squilibri nelle rispettive leggi procedurali interne.

Pertanto, comprendiamo che l'articolo 4-1 del TUE, relativo al rispetto dell'identità nazionale degli Stati da parte dell'Unione, deve essere letto in combinato disposto con l'obbligo stabilito dall'articolo 67-1, in virtù del quale l'SLSG deve rispettare le tradizioni giuridiche degli Stati membri.

Lo sviluppo del mercato interno non sarebbe un motivo sufficiente per giustificare un sacrificio delle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Ciò implica la necessità di adattare la prassi delle azioni procedurali, che sorgono nel diritto dell'Unione, alle particolarità di ciascun sistema giuridico-processuale. Il rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri deve quindi essere bilanciato con la necessità di completare il mercato interno e l'azione legislativa dell'Unione, laddove vi sia la disponibilità ad adottare norme comuni in materia procedurale o che abbiano un impatto sul diritto processuale. Ciò non può significare una licenza illimitata per l'adozione di norme procedurali indiscriminate che non tengano conto dei più complessi e completi sistemi giuridici procedurali interni nelle loro rispettive disposizioni.

XXII. L'imperfezione delle basi giuridiche atte a legiferare in materia di procedura civile, nonostante lo sviluppo dell'SLSG costituisca uno degli obiettivi dell'Unione, ha fatto sì che per la stessa materia l'Unione abbia dovuto ricorrere all'autorizzazione normativa del ravvicinamento delle legislazioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno di cui all'articolo 114 del TFUE, in luogo della cooperazione giudiziaria in materia civile, anche disciplinando la stessa materia in vari strumenti eretti su ciascuna di queste basi.

Con questa pratica, il legislatore dell'Unione ha cercato di garantire che l'oggetto della legislazione copra anche i rapporti giuridici conformemente al diritto nazionale dei rispettivi Stati membri.

Tuttavia, è possibile vedere da tutti gli strumenti settoriali adottati, aventi un impatto sul diritto processuale civile, come essi obblighino gli Stati membri ad adeguare i propri istituti giuridici-procedurali alla materia disciplinata. Il legislatore dell'Unione crea un sistema di norme procedurali asimmetriche, generando una proliferazione e dispersione esagerata di specialità procedurali nei sistemi interni degli Stati.

Questa circostanza potrebbe essere risolta con un approccio più riduttivo e sistematico nella legislazione europea in materia di procedura civile, attraverso l'integrazione in una regolamentazione generale o orizzontale applicabile ad una pluralità indeterminata di soggetti o di rapporti giuridici. Tuttavia, sarebbe difficile inserirlo nel sistema delle basi giuridiche. In ogni caso, è necessario un approccio più sistematico e coerente all'intervento dell'Unione europea nel diritto processuale civile degli Stati

membri, poiché riteniamo che l'effetto opposto si ottenga disperdendo le normative, lungi dal cercare un miglioramento del funzionamento del mercato interno.

XXIII. La necessità di creare un sistema europeo di esecuzione forzata è stata proposta come applicazione di base del principio della libera circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dell'Unione europea.

Come argomento essenziale a favore, un prelievo comune di esecuzione rafforzerebbe la fiducia dei cittadini nell'ordinamento giuridico dell'Unione, mentre le libertà del mercato danno luogo a un gran numero di procedimenti civili che comportano una richiesta finanziaria nel merito di ciascun caso. Se l'applicazione obbligatoria fosse disciplinata da un diritto comune europeo, l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione e il suo rispetto da parte degli operatori economici, sarebbero rafforzati.

Tuttavia, questa proposta terrebbe conto del fatto che esiste una grande differenza di diritto comparato nella legislazione sui procedimenti di esecuzione civile (su questioni specifiche come l'organismo e la sua natura che sarebbe coinvolto nell'esecuzione), il che porterebbe a differenze significative nelle disposizioni che disciplinano importanti questioni di esecuzione.

Ciononostante, è possibile segnalare questioni specifiche per le quali è stato offerto un trattamento omogeneo a livello comunitario, come la concettualizzazione dei titoli esecutivi nel Regolamento 1215/2012 che differenzia le decisioni giudiziarie dagli altri titoli esecutivi, nonché la loro esecutività transnazionale. Oppure l'istituzione di un titolo esecutivo europeo per i titoli non contestati nel regolamento 805/2004.

XXIV. Poiché la praticabilità dell'utilizzo dell'articolo 114 come base giuridica è solo parzialmente ammessa, è necessario studiare altre basi giuridiche complementari che possano giustificare l'armonizzazione del diritto processuale dell'esecuzione, laddove il canale della clausola di flessibilità contenuta nell'articolo 352 del TFUE acquisisca particolare importanza. Ciò consente all'Unione di adottare le misure necessarie per raggiungere i suoi obiettivi quando i trattati non forniscono una base giuridica specifica. I requisiti procedurali essenziali, di cui al primo paragrafo, sono il requisito dell'adattamento all'unanimità in Consiglio e dopo l'approvazione del Parlamento europeo, nonché l'approvazione da parte di tutti i parlamenti nazionali, in modo che il ricorso a questo articolo non sia incontrollato o estensivo.

Un altro requisito per l'applicazione materiale dell'articolo è che l'azione dell'Unione deve essere necessaria per raggiungere uno degli obiettivi stabiliti nel TUE, in particolare l'articolo 3, paragrafi 2 e 3, TUE e 3-5 TUE. Sia lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'integrazione del mercato interno, sono inclusi dall'articolo 3, paragrafi 2 e 3, del TUE; pertanto l'estensione delle competenze dell'Unione in questi settori non sarebbe ostacolata dalla clausola di flessibilità tipica del settore del diritto

processuale civile. Tuttavia, il ricorso a tale base, oltre al rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, richiede l'assenza o la mancanza dei poteri o delle basi giuridiche necessarie a tal fine nei trattati e di disposizioni più specifiche, altrimenti l'uso esclusivo di tale base giuridica può comportare l'invalidità dell'atto legislativo adottato in virtù di essa. Né può comportare alcuna modifica implicita del Trattato o delle procedure legislative, sulla base del principio del conferimento di poteri.

XXV. In ogni caso, riteniamo che, se ci fosse una reale volontà nell'Unione di emanare una disposizione legislativa che armonizzi il diritto processuale civile, la clausola di flessibilità potrebbe essere utilizzata per colmare le lacune imposte dai trattati, anche se, come sottolinea la conclusione precedente, il problema sarebbe più politico che giuridico, poiché la procedura legislativa richiede l'unanimità in Consiglio.

È possibile utilizzare due diverse basi giuridiche per emanare un determinato atto legislativo. Se un atto legislativo persegue un duplice obiettivo o ha una duplice componente, e se uno di essi può essere descritto come principale o preponderante (mentre l'altro è solo accessorio) l'atto deve essere basato su un'unica base giuridica, quella che richiede l'obiettivo o la componente principale (o preponderante). Se, tuttavia, è accertato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi, indissolubilmente legati tra loro, esso può fondarsi sulle varie basi giuridiche corrispondenti, a meno che le procedure previste per l'una e l'altra base giuridica non siano incompatibili o possano pregiudicare i diritti e le procedure del Parlamento.

Per quanto riguarda la clausola di flessibilità, la giurisprudenza della CGUE ammette che la base giuridica della politica e dell'azione concreta dell'Unione può essere integrata dall'articolo 352 del TFUE quando le basi giuridiche sono compatibili e le procedure legislative, sia dell'articolo 352 del TUE che della sua rispettiva base giuridica, sono rispettate. Analogamente, se la base giuridica è insufficiente e non è in grado di conferire all'Unione il potere necessario per adottare un atto legislativo, senza eccedere la portata di tale base, la CGUE ha stabilito che sia la base giuridica specifica sia la clausola di flessibilità devono essere utilizzate congiuntamente, nel rispetto delle procedure legislative ivi previste.

XXVI. Riteniamo che, sebbene sia l'articolo 81 che l'articolo 114 del TFUE possano offrire limitazioni per la regolamentazione della procedura civile, lo SLSG fa parte degli obiettivi dell'Unione delineati nell'articolo 3-2 del TUE e consentirebbe un'armonizzazione più sistematica e completa all'interno dell'Unione europea.

In questo modo, è possibile evidenziare l'utilizzo della clausola di flessibilità come base indiretta per l'adozione di atti legislativi che trascendono le questioni procedurali, come l'istituzione di tribunali dei marchi comunitari nelle legislazioni nazionali. Questa base giuridica può essere utilizzata, da sola (e come è stato analizzato

in precedenza, insieme ad altre) per legiferare su questioni che hanno un impatto sia sulla giurisdizione nazionale che sul diritto processuale nazionale.

XXVII. Per quanto concerne l'impatto del diritto dell'Unione sulle diverse legislazioni degli Stati membri in materia di proprietà, è necessario definire la misura in cui l'Unione europea è competente a legiferare in questo settore.

Si deve presumere che esista uno schema tecnico o di definizione per i beni immobili o per il loro sviluppo legislativo a livello di diritto dell'Unione Europea. Sebbene i trattati dell'Unione europea non abbiano stabilito una competenza propria nel settore dei diritti reali immobiliari, il diritto dell'Unione stesso ha un impatto diretto sull'autorità nazionale di regolamentazione dei diritti reali immobiliari operante attraverso le libertà del mercato interno.

XXVIII. Vi sono opinioni divergenti nella letteratura scientifica e tra gli attori giuridici, circa le posizioni a favore, e contrarie, al riconoscimento di una competenza dell'Unione nel campo dei diritti reali.

Riteniamo che sarebbe difficile ammettere una facoltà generale dell'Unione di regolamentare i diritti reali degli Stati membri, al di là dei limiti naturali che inevitabilmente comporterebbero le competenze trasferite, a causa delle diverse libertà o del ravvicinamento delle legislazioni per la creazione del mercato interno nel suo aspetto di protezione dei consumatori. Inoltre, l'azione legislativa dell'Unione sarebbe legittima solo se non violasse i limiti derivanti dai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

XXIX. Pertanto, sulla base della libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE, le limitazioni delle leggi nazionali possono riferirsi non solo alle norme specifiche relative all'esercizio delle attività professionali, ma anche a quelle relative ai vari poteri generali utili all'esercizio di tali attività, come l'acquisto di beni immobili. A titolo di esempio, ottenere un prestito garantito da un'ipoteca con interessi o condizioni analoghe a quelle dei cittadini dello Stato in cui risiede e svolge la sua attività di lavoro autonomo.

XXX. Per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, mentre l'articolo 63 del TFUE stabilisce un divieto generale di restrizioni alla circolazione dei capitali tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi, tale divieto di restrizioni è finalizzato a norme discriminatorie che possono limitare, direttamente o indirettamente, la circolazione dei capitali. Ciò comprende misure nazionali che possono scoraggiare o dissuadere le persone dal prendere in prestito o investire in altri Stati membri.

Un esempio può essere costituito da misure nazionali che rendono più difficili le transazioni transnazionali, sia sottoponendole ad autorizzazione preventiva, sia rendendole altrimenti meno attraenti o più costose dal punto di vista fiscale. Per quanto riguarda la legge reale sulle ipoteche, la CGCE ha considerato la possibilità che la libera circolazione dei capitali possa incidere sul diritto di registrazione di uno Stato membro, poiché le norme nazionali possono limitare la creazione di ipoteche in valuta estera, mentre ne consegue che la liquidazione di un investimento immobiliare.

Il divieto di restrizioni alla libera circolazione dei capitali non pregiudica il diritto degli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire che il sistema ipotecario disciplini i rispettivi diritti delle parti del contratto, in modo chiaro e trasparente. Sebbene il sistema ipotecario sia disciplinato dalla legge dello Stato in cui si trova l'immobile ipotecato, è proprio tale legge che deve stabilire i mezzi con cui raggiungere l'obiettivo del rispetto della libera circolazione dei capitali. Se l'invalidità riguarda una delle competenze trasferite all'Unione, come nel caso della libera circolazione dei capitali, al rapporto giuridico in questione si applicherebbe il principio del primato del diritto dell'Unione.

La libera circolazione dei capitali è quindi un criterio correttivo del diritto civile e procedurale nazionale, e sarà applicabile quando il completamento o l'esecuzione di un'operazione transfrontaliera sarà ostacolata. Questo criterio si applicherebbe in assenza di una libertà più specifica, come la libertà di stabilimento, la cui applicazione è stata prevista dalla CGCE come prevalente sulla libera circolazione dei capitali.

XXXI. Nonostante gli effetti summenzionati, si può affermare un requisito fondamentale per l'applicazione delle disposizioni relative alle libertà analizzate, ossia la dimensione transnazionale dell'operazione o dell'attività in cui il diritto nazionale può costituire un ostacolo a tale libertà. Questa dimensione ha comportato la necessità dell'intervento di cittadini o di beni di almeno due Stati membri dell'Unione, senza che la questione possa riguardare una questione puramente interna.

È vero che in molti casi la CGCE ha interpretato che la dimensione transnazionale è un concetto più aperto di quanto l'interprete giuridico possa apprezzare a prima vista, applicandola in situazioni che potrebbero essere ragionate a priori come interne. Ci sembra di capire che ciò sia dovuto al fatto che la Corte di giustizia europea ha chiarito che la restrizione, anche se è interna e si applica ai cittadini di quello Stato, potrebbe impedire l'esercizio possibile o previsto di tale libertà con i cittadini di Stati terzi.

Ma, in ogni caso, è inevitabile che l'operazione a cui è applicabile in base al diritto nazionale debba poter essere proiettata, direttamente o indirettamente, in più Stati membri. Pertanto, nel valutare l'impatto delle libertà di mercato sul diritto interno reale, occorre tener presente che la dimensione transnazionale sarà ancora una volta un'esigenza insormontabile e condiziona l'azione legislativa e giudiziaria dell'Unione.

XXXII. È necessario studiare un'altra base giuridica che consenta l'eventuale armonizzazione delle leggi nazionali, reali e procedurali, per la loro applicazione a problemi che di per sé non hanno una dimensione transnazionale. In questo modo, l'armonizzazione delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori diventerebbe rilevante.

La legislazione secondaria si è occupata ed orientata verso due aree principali: la tutela della salute e della sicurezza, nonché degli interessi dei consumatori, e l'elaborazione di un catalogo dei diritti dei consumatori, come l'informazione o la protezione contro le pratiche professionali abusive.

L'articolo 169 del TFUE contiene un duplice titolo di competenza per la legislazione a tutela dei consumatori. Da un lato, il riferimento all'articolo 114 come base giuridica per il ravvicinamento delle disposizioni relative all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno, nel settore di un livello di protezione elevato, e dall'altro, l'articolo 114, lettera b), autonomo. Tuttavia, l'armonizzazione tende ad allinearsi maggiormente alla base dell'articolo 114 del TFUE per quanto riguarda la politica comune in materia di protezione dei consumatori.

XXXIII. Si discute se le misure legislative previste dal diritto dell'Unione in materia di tutela dei consumatori debbano costituire un'armonizzazione minima o massima. Alcune misure di protezione dei consumatori adottate sulla base dell'articolo 114 TFUE specificano esplicitamente che esse impongono solo un livello minimo di protezione.

La CGCE ammette che la legislazione nazionale può giustificare un divieto che limita la libertà del mercato interno a favore della tutela dei consumatori, basandosi sulla presenza di due requisiti: la garanzia che l'obiettivo perseguito dall'atto legislativo in questione sia raggiunto e la certezza che non vada oltre quanto necessario per raggiungere tale obiettivo. Pertanto, la restrizione di una libertà di mercato, adottata da uno Stato a favore della tutela dei consumatori, potrebbe essere accettata come un divieto tutelato dal margine di armonizzazione minima.

La Commissione europea mira a promuovere una politica di armonizzazione nel campo della protezione dei consumatori che sia più orientata verso un'armonizzazione massima piuttosto che minima. Sebbene sia stata tradotta in disposizioni legislative concrete, i tentativi di trasformare la direttiva 93/13 in uno standard di massima armonizzazione non hanno avuto successo a causa dell'opposizione politica del Consiglio e del Parlamento europeo. Ciò dimostra che la massima armonizzazione comporterà un maggiore grado di difficoltà politica per quanto riguarda la possibilità di raggiungere un accordo sulla definizione di livelli massimi di protezione dei consumatori.

A questo particolare settore di protezione si potrebbe aggiungere l'approccio espansivo e favorevole ai consumatori della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, nel contesto dell'interpretazione delle misure legislative dell'Unione.

XXXIV. Il diritto primario dell'Unione Europea non costituisce di per sé una barriera positiva o una limitazione ad un'eventuale armonizzazione dei diritti immobiliari; tuttavia non contiene nemmeno un'autorizzazione esplicita per il suo sviluppo.

Ciò non significa che, in seguito alla concorrenza dei consumatori, il diritto derivato, nella sua evoluzione normativa, abbia disciplinato materie capaci di avere impatti sui diritti reali immobiliari tipici degli stati membri dell'Unione; in particolare trattasi di ripercussioni su aspetti quali, ad esempio, il miglioramento della tutela della loro sicurezza o dei diritti nelle transazioni commerciali. In questo modo, la legislazione dell'Unione può portare all'adeguamento di incisive normative nazionali nei diversi sistemi di diritti immobiliari.

Esempi sono: la direttiva 94/47 inerente la tutela dell'acquirente con riferimento ad alcuni aspetti dei contratti relativi all'acquisto di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; la direttiva 2014/17 inerente contratti di credito conclusi con i consumatori relativamente a beni immobili ad uso residenziale.

Sebbene l'Unione abbia avuto la recente opportunità di estendere la possibilità di disciplinare più aspetti relativi all'acquisto di beni immobili con la direttiva 2019/771 su taluni aspetti dei contratti di vendita di beni, essi ne sono espressamente esclusi. L'Unione sembra quindi essere consapevole della limitazione delle competenze in materia di diritti di proprietà immobiliare nel determinare l'estensione delle norme orizzontali di diritto contrattuale.

XXXV. Si può evidenziare un numero marcato di sentenze della CGUE, emesse in applicazione della direttiva 93/13, in cui diverse disposizioni della legge spagnola sulla procedura civile, che regolano il processo di esecuzione ipotecaria, sono dichiarate contrarie al diritto dell'Unione Europea.

Così come l'esercizio della libera circolazione dei capitali può costituire un limite al pieno potere legislativo degli Stati membri di disciplinare il diritto reale ipotecario, il principio di effettività, in materia di diritto del consumo, ed il principio di non obbligatorietà, in materia di clausole abusive di cui alla direttiva 93/13, possono costituire un ulteriore limite al potere del legislatore in materia di diritto processuale civile; in particolare nella procedura di esecuzione del diritto ipotecario, come esigenze derivanti dalla tutela dei consumatori.

XXXVI. Si potrebbe concludere che l'Unione ha una competenza indiretta ad armonizzare alcuni punti della legislazione nazionale in materia di procedura esecutiva in virtù dell'interazione tra le basi della cooperazione giudiziaria in materia civile e il ravvicinamento delle legislazioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Poiché entrambe le basi hanno limiti impliciti, dovrebbero essere usate in combinazione con poteri impliciti. Sebbene l'Unione non abbia una reale competenza per legiferare nel campo dei diritti immobiliari degli Stati membri, gli Stati membri non possono essere totalmente disimpegnati dall'azione dell'Unione, in quanto le libertà del mercato interno e la legislazione a tutela dei consumatori rappresenterebbero un chiaro limite ai poteri normativi degli Stati membri.

Per questo motivo riteniamo che un'armonizzazione specifica delle procedure esecutive giudiziarie ed extragiudiziali sia possibile quando l'oggetto dell'esecuzione è un bene immobile soggetto a un diritto reale ipotecario.

L'Unione non dispone di un'armonizzazione specifica e generale del processo di esecuzione, né di una base minima in termini di procedura civile. Nonostante ciò, l'interesse europeo ad alleviare gli squilibri nei mezzi procedurali a disposizione dei creditori nell'Unione, come risulta dalla legislazione stessa, nonché l'interesse a tutelare il consumatore nell'ambito dei procedimenti di esecuzione ipotecaria, è evidente nella giurisprudenza della CGUE.

XXXVII. L'armonizzazione del diritto ipotecario è stata una rivendicazione storica dell'Unione, come è stato sottolineato elemento essenziale per gli istituti di credito in un mercato internazionale.

Pertanto, si può notare come, nel corso dell'intero processo di integrazione europea, siano state avanzate proposte, sia dalla Commissione che da gruppi indipendenti, per armonizzare le leggi interne sui mutui ipotecari dal punto di vista sia delle libertà del mercato interno che della tutela dei consumatori. Degna di nota è la proposta di un proprio istituto giuridico da aggiungere alle rispettive legislazioni nazionali (Euro-Ipoteca). L'interesse legislativo ad orientare le proposte verso la tutela dei consumatori o a favorire la libertà del mercato è variato, a seconda del tempo e delle circostanze economiche del momento in cui sono state formulate.

In ogni caso, il primo atto di diritto derivato dell'Unione Europea che ha codificato le norme sui criteri comuni del diritto ipotecario immobiliare è stato la Direttiva 2014/17, relativa ai contratti di credito conclusi con i consumatori per immobili ad uso abitativo, armonizzata sulla base giuridica dell'art. 114 TFUE.

XXXVIII. Quest'ultima ha lo scopo di limitare l'applicazione della direttiva ai contratti di credito al consumo garantiti da ipoteca, o da altre garanzie reali su beni immobili ad uso residenziale.

Per quanto riguarda l'esecuzione di un'ipoteca, vanno evidenziate due disposizioni fondamentali che riguardano le procedure interne. In primis, si rimanda all'art. 28, disciplinante i ritardi ed i pignoramenti ma, a causa del suo impatto sul processo di esecuzione ipotecaria, si dovrà far riferimento anche all'articolo 19 della stessa direttiva, relativo alla valutazione dei beni immobili.

XXXIX. In linea generale, ciò che viene criticata è la natura aperta, ampia e generica degli obblighi che l'articolo 28 impone agli Stati membri. Genericità che consente, a molte formule utilizzate nelle rispettive leggi procedurali nazionali, di essere recepite con facilità, e di stabilire parametri minimi o di omogeneizzazione.

Il motivo è stato il tentativo dell'Unione di conformarsi il più possibile alle norme nazionali di procedura civile. Tuttavia, ci si potrebbe chiedere se il tentativo legislativo dell'Unione resti lettera morta, in quanto non genera alcun tipo di ripercussione effettiva sull'ordinamento legislativo interno o sulla definizione di standard minimi.

XL. Il primo comma dell'articolo 28 della direttiva 2014/17 stabilisce l'obbligo del prestatore di avere un "ragionevole grado di tolleranza" prima di avviare un procedimento esecutivo. Il problema principale di questo concetto è il suo grado di indeterminatezza, nella misura in cui la scelta delle misure appropriate per garantire un'azione esecutiva, da parte dei creditori, è lasciata all'assoluta discrezione di ogni Stato membro.

Gli orientamenti dell'Autorità bancaria europea, sui ritardi di pagamento e sui esecuzione ipotecaria, individuano parametri indicativi di base, come l'obbligo per il mutuante di individuare le difficoltà nel soddisfare il pagamento, di aiutare a stabilire le cause delle difficoltà, di fornire informazioni e assistenza al consumatore o di consentire al mutuante di prendere decisioni sulla ristrutturazione o il rifinanziamento del debito. Tali misure sarebbero adottate su base preprocedurale e non sarebbero direttamente vincolanti. In ogni caso, l'obbligo imposto dall'articolo 28-1 non riguarda la determinazione dell'importo dovuto dal consumatore, ma il mero differimento senza tenere conto delle cause e delle circostanze relative al mancato pagamento e alla conseguente esecuzione.

L'obbligo degli Stati di mostrare una ragionevole tolleranza prima dell'avvio di un procedimento esecutivo, potrebbe ripercuotersi sulla cosiddetta scadenza anticipata, una questione non espressamente affrontata dalla Direttiva 2014/17 ma deducibile dall'obbligo del creditore di mostrare una ragionevole tolleranza. Ciò avrebbe comportato l'adozione di un minimo sulla determinazione, nelle rispettive leggi nazionali, di quanto

ed in quale misura un debitore debba risultare inadempiente per il pagamento del debito ipotecario, affinché il creditore ipotecario possa rescindere il contratto e rivendicare l'intero importo del debito. Vale la pena di notare la profonda differenza tra le normative degli Stati, aspetto che renderebbe opportuno un eventuale intervento dell'Unione in materia.

XLI. Il secondo comma dell'articolo 28 della direttiva 2014/17 limita l'imposizione di oneri al consumatore, in caso di inadempimento, a quanto necessario per compensare il creditore dei costi da lui sostenuti a causa dell'inadempimento.

L'obbligo previsto da tale disposizione porterebbe il legislatore nazionale a scegliere una delle due opzioni previste dalla direttiva: a) che le spese non superino quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti, oppure b) che siano incluse in un massimale fisso. Il legislatore avrebbe, in tal modo, la facoltà di prevedere una limitazione del danno risarcibile.

Nell'ambito dell'estensione oggettiva, potrebbero sorgere dubbi sull'inclusione di alcuni costi, ad esempio i costi procedurali. Riteniamo che ciò sarebbe possibile stando alle condizioni di ciascuna legge nazionale; mentre la direttiva consente l'autorizzazione a "imporre oneri aggiuntivi", senza altro limite se non quello di determinare il valore massimo di tali oneri. Per quanto riguarda gli interessi di mora, si potrebbe discutere circa l'inclusione completa poiché, pur prevedendo un obbligo derivante dal mutuo ipotecario, la sua limitazione sarebbe necessaria alla luce della commissione di ragionevolezza. Ciò richiederebbe la prova del danno aggiuntivo o la definizione per legge del tasso massimo raggiungibile. Il massimo legale non è fissato dalla Direttiva 2014/17, potendo compromettere il proprio scopo di attuazione nazionale. A titolo di criterio complementare, occorre tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia europea alla luce della direttiva 93/13, che presuppone parametri quali la fissazione del tasso d'interesse legale e la verifica dell'opportunità di garantire che gli obiettivi perseguiti siano raggiunti nel sistema dello Stato membro; oppure che il massimale non pregiudichi l'applicazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici.

XLII. L'articolo 28, quarto comma, della direttiva 2014/17, prevede che gli Stati membri non possono impedire alle parti di un contratto di concordare espressamente che il trasferimento della garanzia, o del ricavato della vendita della garanzia al mutuante, sia sufficiente a rimborsare il credito.

L'obiettivo essenziale perseguito dal legislatore dell'Unione sarebbe quello di limitare il rischio che vedrebbe il consumatore responsabile del credito, pur essendo il bene immobile costruito. A tal fine, obbligherebbe gli Stati membri a consentire nella loro legislazione nazionale la possibilità di trasferire direttamente la garanzia e, con questo accordo, di pagare il credito dovuto dopo che il debitore consumatore è inadempiente.

Tale misura eviterebbe la necessità di ricorrere a lunghe e complesse procedure di esecuzione giudiziaria, riducendo così il rischio e il costo dell'esecuzione per il creditore, nonché la già citata limitazione della responsabilità del debitore.

La disposizione, anche se formulata in modo vago, non sarebbe in contrasto con il divieto del patto commissorio, come principio tradizionale codificato nel diritto civile e nella procedura civile degli Stati membri. Il motivo è che l'obbligo stabilito dal legislatore dell'Unione non è quello di stabilire il trasferimento diretto con responsabilità limitata del debitore come trattamento obbligatorio e preferenziale per l'esecuzione dell'ipoteca in sostituzione del rispettivo procedimento di esecuzione ma, altresì di consentire la possibilità di un accordo preventivo delle parti del contratto di credito ipotecario.

XLIII. Dall'analisi dei sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione analizzati nel corpo della tesi, si può dedurre che la maggioranza degli Stati membri consente il trasferimento diretto dell'immobile come pagamento dell'intero importo del credito o della quota in pagamento o specialità nell'esecuzione, al fine di facilitare il trasferimento; sempre in presenza di un accordo consensuale tra parti contrattuali. Alcuni Stati membri prevedono procedure extragiudiziali per il trasferimento diretto. In tali casi, vi è il coinvolgimento di un terzo imparziale e nominato dal tribunale per valutare il bene oggetto dell'esecuzione, al fine di restituire al proprietario del bene il valore residuo, o che, una volta avviata la procedura di esecuzione, questi possa essere riorientato verso una transazione amichevole che coinvolga un perito imparziale o nominato dal tribunale.

Stabilendo la Direttiva come requisito “il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale”, il legislatore europeo sembra indicare varie modalità di cessione dell'immobile ipotecario che non sarebbero, in senso stretto, l'asta risultante dal processo di pignoramento; potrebbero essere inclusi la vendita extragiudiziale, la vendita per accordo, o il trasferimento discusso e regolamentato in vari Stati dell'Unione. Tutti potrebbero essere considerati come meccanismi alternativi all'esecuzione per liberare il debitore ipotecario o per cedere il passo allo *ius distrahendi*, che dipenderebbe in ogni caso dall'autonomia procedurale nazionale.

L'obbligo previsto dalla Direttiva 2014/17 non impedisce alle parti di concordare il trasferimento della garanzia. Si potrebbe comprendere che, anche se gli Stati membri prevedono una legislazione che consente tale possibilità come standard minimo, sarebbe ipotizzabile che i creditori non includano nelle loro bozze di contratto di prestito clausole che, pur essendo principalmente vantaggiose per il debitore, impediscano la rivendicazione del saldo rimanente, caso in cui dovessero essere consentite altre procedure di esecuzione giudiziaria o extragiudiziale. Ciò pregiudicherebbe l'efficacia e la futura diffusione di questa disposizione, prevedendo un maggiore ricorso al processo di pignoramento degli immobili ipotecati anziché la vendita o il trasferimento diretto dell'immobile progettato dalla Direttiva.

XLIV. L'articolo 28, paragrafo 5 della direttiva 2014/17 stabilisce l'obbligo degli Stati di adottare misure per facilitare il rimborso nei casi in cui il debito non venga rimborsato al termine del processo di esecuzione.

L'applicazione del suddetto paragrafo sarebbe prettamente sussidiaria; risulterebbe imperativo per gli Stati membri in cui la legislazione nazionale, offre al creditore ipotecario la possibilità di chiedere che l'importo rimanente sia pagato dal credito ipotecario, una volta che l'immobile garantito da ipoteca risulti ceduto o messo all'asta. Se uno Stato membro recepisce il contenuto dell'articolo 28-4, non su base facoltativa nel caso in cui le parti contraenti lo ritengano opportuno (come previsto dalla sua stessa formulazione), ma su base obbligatoria per tutti i casi di realizzazione di una garanzia ipotecaria (un'opzione che sarebbe possibile in quanto la direttiva 2014/17 è un'armonizzazione dei minimi), non sarebbe necessario ricorrere alla formulazione dell'articolo 28-5 fintantoché il debito sarà saldato *ex lege*. Né occorrerebbe qualora, pur non obbligatorio, le parti contraenti dovessero concludere un trasferimento di proprietà ai sensi dell'articolo 28-4 della direttiva come pagamento sostitutivo.

Nel caso in cui le parti del contratto di mutuo non abbiano fatto ricorso a meccanismi volti a limitare la responsabilità del debitore per l'importo del mutuo ipotecario e non sia stato possibile ottenere, in seguito all'esecuzione forzata, una somma sufficiente a soddisfare integralmente il creditore con la liquidazione, l'obbligo imposto agli Stati dal legislatore europeo sarebbe quello di istituire meccanismi che consentano al consumatore di adempiere alle sue obbligazioni residue in modo non eccessivo. A tal fine, si impone l'obbligo di tenere conto degli interessi e dei costi corrispondenti alla durata residua del contratto, nonché delle rate già pagate dal debitore ipotecario stesso, di cui si dovrà tener conto nel determinare l'importo che rimane da pagare del prestito.

In questo modo, la direttiva 2014/17 non interferisce con la definizione del principio della responsabilità patrimoniale universale, che fa parte delle tradizioni comuni degli Stati membri, e consentirebbe di continuare il processo di esecuzione per l'importo mancante dei proventi dopo l'asta del bene. L'intervento legislativo europeo verrebbe ridotto nel dovere degli Stati di garantire l'equa liquidazione e la determinazione dell'importo mancante.

XLV. L'articolo 28, quinto comma, della direttiva 2014/17 stabilisce l'obbligo per gli Stati di rendere più efficienti i loro meccanismi di esecuzione delle garanzie ipotecarie, consentendo di ottenere il prezzo ottenuto per l'immobile al miglior prezzo.

La direttiva non stabilisce espressamente quali misure debbano essere introdotte a livello nazionale per raggiungere tali obiettivi. Pertanto, il recepimento di questa disposizione dipenderà principalmente dalle modalità di regolamentazione delle procedure di esecuzione ipotecaria nei rispettivi Stati membri. La formulazione della

direttiva suggerisce di evitare l'uso di meccanismi procedurali complessi e di stabilire criteri più oggettivi per la valutazione del reale valore di mercato al momento dell'inadempienza. Il processo di realizzazione dell'immobile deve essere orientato ad ottenere il miglior prezzo per l'immobile pignorato per il quale l'immobile verrà trasferito, più vicino al reale valore di mercato. Pertanto, comprendiamo che l'attenzione del legislatore è focalizzata sulla fase di realizzazione, e in particolare sulla vendita all'asta e sulla vendita forzata dell'immobile.

XLVI. Dallo studio del trattamento dei processi di esecuzione dei diritti interni analizzato nel corpo della tesi, si può notare che i diversi sistemi nazionali di esecuzione, e nello specifico le aste immobiliari, hanno sistemi diversi di pubblicità dell'asta e la presenza degli offerenti. Alcuni Stati prevedono sistemi di pubblicità limitata, mediante pubblicazione e sotto la responsabilità del creditore inadempiente, che limitano la concorrenza degli offerenti e di conseguenza riducono la possibilità che il bene venga trasferito al prezzo più competitivo. Altri prevedono sistemi di aste elettroniche, che non si svolgono presso la sede del tribunale ma su un portale web ufficiale dove l'asta si svolge elettronicamente, assistiti da scambi di informazioni tra i rispettivi uffici giudiziari. Lo svolgimento dell'asta sarebbe stato pubblicizzato su Internet e le offerte e i pagamenti sarebbero stati effettuati anche per via telematica. La maggiore trasparenza che deriverebbe dall'asta telematica limiterebbe la speculazione e avvicinerrebbe il valore dell'immobile al reale valore di mercato. Tra i modelli ci sarebbero anche meccanismi intermedi per la pubblicità elettronica e celebrazione di persona.

Riteniamo che il modello di asta elettronica sia il più adatto a consentire una maggiore trasparenza e pubblicità dell'asta, che potrebbe attirare il maggior numero di interessati e ottenere un prezzo il più possibile simile al valore di mercato, realizzando così l'obiettivo previsto dalla Direttiva 2014/17.

Altra possibile misura per trasferire il bene, al miglior prezzo auspicabile, sarebbe la fissazione di un limite minimo per l'approvazione dell'asta a seguito della stessa, punto sul quale esiste anche una notevole discrezionalità tra i sistemi nazionali.

XLVII. L'articolo 19 della Direttiva 2014/17 obbliga gli Stati, tra l'altro, a stabilire standard affidabili per la valutazione dei beni immobili e a richiedere ai finanziatori di utilizzare tali standard per la valutazione dei beni immobili a fini di credito. E' richiesto, inoltre, che i valutatori siano professionisti competenti e indipendenti in grado di fornire valutazioni imparziali e obiettive.

Questo articolo è integrato dall'articolo 28-5, nella misura in cui incidono sul valore dell'immobile ricercando una quantificazione oggettiva dello stesso. Ma l'articolo 19 si applicherebbe indistintamente alla valutazione effettuata in qualsiasi momento durante la formazione del contratto garantito da un'ipoteca: o nella fase precontrattuale, o

al momento della firma del contratto, o al momento dell'inadempimento dell'obbligo di credito.

Gli Stati sarebbero liberi di mantenere o adottare disposizioni nazionali nei settori non coperti dalla direttiva, tra l'altro per prevedere che le parti possano scegliere di comune accordo il valutatore o le specifiche regole, o criteri affidabili, che dovrebbero applicare, sulla base del principio dell'autonomia procedurale. Ciò che l'articolo 19 della direttiva obbligherebbe, sulla base di norme nazionali liberamente adottate dallo Stato, sarebbe la necessità, in capo ai periti, di possedere qualifiche professionali, in modo da agire con sufficiente indipendenza dagli istituti di credito ed essere in grado di intervenire in modo imparziale e obiettivo nell'esercizio delle loro funzioni di valutazione.

XLVIII. Qualora il perito valutatore intervenga in relazione all'inadempimento del debitore, ed in vista di un processo esecutivo, oppure abbia un impatto diretto su di esso, sarà particolarmente sfumato e dovrà essere integrato dall'art. 28 4 e 5 della Direttiva 2014/17. Il problema sta nei sistemi procedurali che non prevedono la nomina di un perito estimatore indipendente presso le parti, o di un perito nominato dal tribunale al momento dell'esecuzione, poiché una valutazione accettata dalle parti anche se in una fase precontrattuale sposterebbe qualsiasi valutazione indipendente e ravvicinata al momento della cessione. Comprendiamo che tali sistemi, incluso quello nazionale spagnolo, dovrebbero modificare i sistemi di valutazione ai fini dell'esecuzione per garantire meglio lo scopo della direttiva.

Dallo studio di questi sistemi interni sarebbe anche possibile delimitare un criterio generale relativo all'oggettività della valutazione degli immobili residenziali, ai fini del credito ipotecario e all'indipendenza del perito: ciò si tradurrebbe in un'esigenza di armonizzazione specifica su alcuni punti del diritto nazionale. Il criterio dell'obiettività dovrebbe portare alla necessità che la legislazione nazionale cerchi di ottenere un valore reale aggiornato ai fini dell'esecuzione procedurale, il più vicino possibile al momento del completamento dell'immobile, nonché alla reale possibilità di garantire l'indipendenza dei valutatori in aspetti quali la valutazione predominante presa in considerazione al momento dell'esecuzione, debitamente aggiornata e intervenuta da un valutatore nominato dal giudice.

XLIX. Dai sistemi procedurali studiati si può concludere che in quasi tutti gli Stati sono previsti meccanismi extragiudiziali per l'esecuzione dell'ipoteca. Mentre vi sono Stati membri che non prevedono tale procedura, altri prevedono procedure per la vendita e la registrazione dei beni immobili all'asta, con l'intervento del tribunale che deve comunque intervenire per procedere alla riappropriazione. Alcuni Stati prevedono procedure di aggiudicazione diretta al creditore in caso di accordo, garantendo una valutazione obiettiva del bene immobile, mentre altri lo limitano al caso della residenza

abituale del creditore. Alcuni Stati consentono al creditore di chiedere ai tribunali il permesso di realizzare i beni immobili in via extragiudiziale.

In ogni caso, con un maggiore o minore intervento dei tribunali a seconda delle singole fasi del processo, vi è una tendenza legislativa ad estendere la possibilità di disporre del bene al di fuori del processo esecutivo generale. In ogni caso, i sistemi interni hanno indicato come criteri per l'accesso a questa procedura o l'accordo espresso delle parti del contratto, o l'ottenimento di un'autorizzazione da parte del tribunale a seconda dell'idoneità alla cessione del bene attraverso questo canale procedurale.

L. I sistemi procedurali interni, studiati all'unanimità, ammettono il riconoscimento del contratto di credito garantito da un'ipoteca come titolo esecutivo. Le specialità possono essere stabilite a seconda della regione dello Stato o dei requisiti tecnici di registrazione per la registrazione del bene. Importanti sarebbero le differenze nella configurazione dei cosiddetti *equity mortgage* nel sistema anglosassone, in contrapposizione agli Stati con un sistema notarile latino.

Ma in ogni caso, il credito garantito da un'ipoteca iscritta in un atto pubblico e/o iscritta nel registro fondiario, o equivalente, dello Stato membro in questione, è considerato titolo esecutivo.

LI. Analogamente, il criterio di competenza da adottare, per individuare il giudice dell'esecuzione, è quello del luogo in cui il bene è situato *lex loci rei sitæ*, salvo negli Stati in cui esistono giudici competenti su tutto il territorio nazionale per conoscere dell'esecuzione forzata. Analogamente, gli Stati possono stabilire criteri per determinare la giurisdizione in caso di esecuzione forzata contro più beni immobili o contro uno che si trova in più giurisdizioni, con criteri diversi utilizzati dagli Stati a questo riguardo, come la scelta del creditore esecutore o il valore più elevato a fini fiscali.

Le giurisdizioni tendono ad essere diverse, sia in prima istanza che ai livelli superiori della gerarchia giudiziaria, a seconda del valore del bene immobile.

In relazione all'esecuzione extragiudiziale, è degna di nota la partecipazione di vari professionisti nell'esecuzione, che varia da Stato a Stato. Tra questi professionisti potrebbero figurare il notaio, l'*huissier* o un perito indipendente scelto dalle parti o dal tribunale del luogo in cui si trova l'immobile.

LII. Le ragioni della risoluzione del contratto per il ritardato pagamento, da parte del debitore, sarebbero un esempio della diversità di opzioni nel trattamento legislativo degli Stati membri. Ci sono Stati che considererebbero il credito prematuramente dovuto

se un pagamento o una rata mensile non è soddisfatto. Altri richiedono una percentuale minima o un numero minimo di rate da non pagare, che variano a seconda dello Stato e del tipo di procedura in cui il bene è stato realizzato.

Ci sono Stati che stabiliscono criteri guida seguiti dagli istituti bancari che stabiliscono meccanismi pre-procedurali che tentano la strada della collaborazione del debitore che subisce, o si prevede che subisca, l'inadempimento di un mutuo ipotecario, il cui scopo sarebbe quello di evitare l'esecuzione della proprietà e di ripristinare la situazione economica del debitore quando ha un profilo di consumatore o di residenza abituale. Ciò si aggiunge alla fissazione di una percentuale minima legale di rate non pagate prevista per la generalità dei mutui.

Analogamente, altri Stati non stabiliscono disposizioni per capire a quale grado di inadempimento il debito sarebbe stato considerato scaduto prematuramente, ma piuttosto stabiliscono criteri generali, quali: i periodi di grazia applicabili in alcune situazioni di particolare sensibilità per il debitore; norme interpretative come il divieto di abuso di diritto oppure il dovere di proporzionalità. E anche la sospensione del periodo di tempo per procedere all'esecuzione mediante l'apertura di una procedura volta a studiare la validità delle condizioni del prestito in alcuni organi amministrativi.

LIII. I mezzi di difesa del creditore variano a seconda dello Stato membro interessato. Come caratteristica generale e comune, i mezzi per contestare la procedura o il procedimento di esecuzione devono comportare una decisione del tribunale.

Uno dei principali mezzi di difesa comuni ai sistemi in esame è l'opposizione del debitore all'esecuzione stessa o a specifici atti esecutivi. L'opposizione è stata generalmente descritta dalla dottrina degli Stati come un incidente di natura dichiarativa, con dinamiche e principi diversi dall'elaborazione del processo di esecuzione. I motivi che il debitore può invocare sono variabili: ci sono Stati in cui i motivi sono valutati e determinati e non tutte le accuse e le prove possono essere invocate nel processo di esecuzione. La regola generale, tuttavia, è che le parti del procedimento possono invocare ciò che è appropriato a loro discrezione, anche se i motivi per sospendere il procedimento di esecuzione, mentre la questione viene risolta, possono variare in termini di portata, o dipendere da un'interpretazione più o meno flessibile della giurisprudenza.

Un altro mezzo di difesa a disposizione del debitore sarebbe l'istituzione di una fase procedurale in cui le parti avrebbero la possibilità di sollevare tutti gli incidenti e le contestazioni che il giudice deve risolvere prima di ordinare la procedura specifica per la realizzazione del bene. Altre in cui, sebbene non vi siano mezzi di opposizione valutati alla luce delle dichiarazioni iniziali delle parti, il tribunale deciderebbe in modo superficiale o limitato (prima facie) la possibilità di riorientare gli atti processuali verso un'udienza plenaria con la possibilità per le parti di presentare argomentazioni o prove o di proseguire il procedimento esecutivo.

LIV. In linea di massima, è possibile ricorrere contro le decisioni prese nei rispettivi procedimenti. In alcuni Stati i motivi di ricorso possono essere limitati per alcune parti del procedimento e la loro natura sospensiva, o meno, varia a seconda del sistema procedurale in questione.

LV. I meccanismi per la realizzazione dell'immobile possono essere notevolmente diversi a seconda dello Stato membro interessato.

In quasi tutti gli Stati membri è prevista la possibilità di disporre dei beni immobili tramite asta pubblica come canale principale. L'asta può acquisire un grado di pubblicità più elevato o l'obbligo per gli offerenti di presentarsi, o meno, ed altresì di presentare un deposito a seconda della legge procedurale in questione. Come è stato analizzato, ci sono Stati in cui esiste un meccanismo di asta elettronica, altri in cui è faccia a faccia e gradi intermedi. E anche dove le offerte sarebbero state fatte per iscritto e in busta sigillata a seconda della procedura.

Sono, inoltre, previste formule alternative all'asta, mutabili a seconda della procedura o dello Stato membro in questione. Da un lato, l'assegnazione diretta all'esecutore, le cui condizioni o possibilità di ricorso al meccanismo variano. D'altra parte, l'accordo tra le parti del processo di esecuzione o la vendita da parte di alcuni enti commerciali specializzati, i cui termini e la cui pubblicità variano a seconda dello Stato.

LVI: Anche gli effetti dell'esecuzione del mutuo, a fronte dell'interferenza di un processo di insolvenza, saranno variabili, sebbene con caratteristiche comuni. In generale, è possibile sospendere la procedura di esecuzione individuale, assicurando il privilegio derivante dalla garanzia con una percentuale maggiore o minore garantita.

Tuttavia, aspetti quali il momento del processo di insolvenza in cui viene ripresa la procedura di esecuzione o la qualificazione con un grado di privilegio maggiore, o minore, della parte di credito che rimane insoddisfatta dopo la realizzazione dell'immobile saranno variabili; tuttavia, il fatto di non aver lo stesso privilegio del prodotto derivato dalla vendita immobiliare, li accomuna.

LVII. In relazione al collocamento dell'immobile in possesso dell'esecutore, si può affermare che in generale, nei sistemi interni studiati, sarebbe necessario un pronunciamento di natura giurisdizionale, sia una volta concluso il processo di esecuzione (come avviene nella maggior parte dei sistemi studiati), in preparazione dell'asta, sia attraverso una procedura indipendente dalla vendita forzata.

In generale, i sistemi interni articolano la possibilità di mettere l'esecutore, o l'amministratore giudiziario, in possesso dell'immobile ipotecato in caso di gravi danni idonei a mettere in pericolo la svalutazione della garanzia.

Le procedure procedurali sono variabili, così come la possibilità di sospendere la procedura di riappropriazione per motivi specifici. Una caratteristica comune delle procedure di presa in possesso sarebbe anche la necessità per il creditore di essere assistito da collaboratori professionali dei tribunali, nonché da agenti delle forze di sicurezza dello Stato in questione. Un altro criterio analogo sarebbe che il precedente proprietario o locatore acquisisca lo status di curatore, o amministratore giudiziario, dopo il trasferimento della proprietà e fino al possesso; si aggiunge anche la possibilità che vi sia un diritto di possesso tutelato dalla legge nazionale in questione che ostacoli l'acquisizione del possesso da parte dell'acquirente (ad esempio un contratto di affitto).

LVIII. Come risultato della politica europea sui crediti dubbi, la Proposta di direttiva sui gestori del credito, agli acquirenti del credito e il recupero delle garanzie reali del 14 marzo 2018, si contraddistingue per essere la prima ad essere indirizzata a stabilire criteri comuni per i processi di escussione delle garanzie reali. Infatti, essa propone l'introduzione di una serie di adattamenti al diritto processuale interno per l'elaborazione di una procedura di esecuzione extragiudiziale, accelerata delle garanzie.

La proposta di direttiva e la relativa procedura che si propone, si basa su due diverse basi giuridiche: l'art. 53 e l'art. 114, entrambi del TFUE. Comprendiamo che il ricorso alla base giuridica dell'articolo 114 soddisferebbe in parte i requisiti stabiliti in questo precetto in relazione alla regolamentazione di una procedura di esecuzione della garanzia a livello europeo. Ciò dipenderebbe dal fatto che l'istituzione di un processo di esecuzione mirerebbe a migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, soprattutto in relazione alla libera circolazione dei capitali. Come è stato dimostrato nelle conclusioni precedenti, esistono anche differenze tra le disposizioni giuridiche degli Stati membri che possono ostacolare questa libertà fondamentale, così creando condizioni disparate.

La CGUE richiede l'utilizzo della base giuridica più specifica come requisito per la validità della legislazione ai sensi dell'articolo 114 del TFUE. È quindi necessario esaminare la base giuridica dell'articolo 81 del TFUE, che riguarda la cooperazione giudiziaria in materia civile. Ciò risulta fondamentale in quanto l'intenzione del prelegislatore europeo è quella di facilitare l'esecuzione transnazionale di un atto extragiudiziale. Riteniamo che la natura specifica di questa base giuridica sarebbe dovuta essere messa evidenza dal prelegislatore europeo, al momento di pianificare un processo comune extragiudiziale per l'esecuzione delle garanzie, soprattutto in considerazione del fatto che nell'ambito di questo processo, tra l'altro, i crediti transnazionali potrebbero essere eseguiti. Viceversa, il requisito dell'impatto transnazionale significa che l'Unione non ha la competenza necessaria per regolamentare un processo di esecuzione della garanzia applicabile ad uno scenario puramente interno come quello presentato pertanto

necessita di un'integrazione da parte della clausola di flessibilità, ex art. 352 TFUE. Relativamente a quest'ultima, comprendiamo che la realizzazione dell'SLSG (art. 3-2 TUE) e l'instaurazione del mercato interno (art. 3-3 TUE), sono due obiettivi stabiliti nei trattati che verrebbero facilitati nella loro concretizzazione tramite l'istituzione di una procedura europea di esecuzione della garanzia, ammettendo così l'uso della clausola di flessibilità come complemento alla base giuridica.

In sintesi, riteniamo che per armonizzare una procedura per l'applicazione delle garanzie a livello europeo, il legislatore europeo dovrà utilizzare, in forma mista, tre diverse basi giuridiche: il ravvicinamento delle legislazioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno di cui all'articolo 114 del TFUE; la cooperazione giudiziaria in materia civile di cui all'articolo 81 del TFUE e, per l'effetto transfrontaliero, in concomitanza con l'applicazione della clausola di flessibilità di cui all'articolo 352 TFUE. In caso contrario, riteniamo che, conformemente a quanto affermato nelle precedenti conclusioni, la validità della direttiva da adottare potrebbe essere compromessa.

LIX. Tra le opzioni deliberate dalla Commissione nella Proposta di direttiva sul recupero delle garanzie reali, è stata scelta un'armonizzazione minima delle procedure di esecuzione extragiudiziali.

Questa opzione richiederebbe a tutti gli Stati membri di istituire, o adattare, una procedura di esecuzione extragiudiziale per i prestiti garantiti, basata su un insieme comune di principi. Come si è visto, ci sarebbero Stati membri che non hanno procedure di esecuzione extragiudiziali o che hanno forme diverse. Se la Proposta venisse infine adottata, l'obbligo dei legislatori nazionali sarebbe quello di introdurre tale meccanismo nel loro quadro giuridico oppure di adattare il sistema esistente alle norme minime di armonizzazione.

Accettiamo le argomentazioni generali a favore di un'armonizzazione minima, nel senso che semplificherebbero il complesso adattamento che comporterebbe l'inserimento di un'istituzione giuridica autonoma, che offrirebbero flessibilità agli Stati membri nell'applicazione al quadro nazionale.

Riteniamo tuttavia che sia necessario qualificare alcune misure proposte, sia per la possibile violazione dei diritti fondamentali contenuti nella CDFUE, sia per l'interpretazione della giurisprudenza della stessa CGUE, sia perché si tratta di misure che non lasciano un margine di flessibilità agli Stati senza necessariamente perseguire l'obiettivo della proposta di direttiva.

LX. In relazione alla portata materiale ed oggettiva della procedura per l'esecuzione extragiudiziale accelerata delle garanzie, essa si applicherebbe all'esecuzione di garanzie mobiliari e immobiliari definite secondo la configurazione giuridica nelle

rispettive legislazioni nazionali. L'Unione ha quindi escluso la possibilità di istituire un modello comune o specifico di garanzia in parallelo con i sistemi privati degli Stati membri e la sua corrispondente esecuzione.

Per quanto riguarda il campo di applicazione soggettivo, la proposta di direttiva si orienterebbe verso i contratti di credito coperti da garanzie stipulate tra creditori e mutuatari commerciali. La procedura di esecuzione extragiudiziale sarebbe limitata ai soli crediti commerciali garantiti tra l'istituto di credito, in qualità di creditore, e il mutuatario commerciale.

La legittimazione spetterebbe quindi agli istituti di credito, come definiti dal diritto dell'Unione, ed ai prestiti da essi originati. I mutuatari commerciali come azienda o l'imprenditore individuale come debitore. Il legislatore comunitario propone di escludere dall'ambito di applicazione soggettivo il debitore che ha lo status di consumatore. Lo stesso vale se la proprietà abitativa costituisce la residenza principale di un mutuatario d'affari.

LXI. La proposta di direttiva mira ad una regolamentazione differenziata della procedura di pignoramento a seconda se il mutuatario possiede lo status di consumatore oppure la procedura è diretta, o meno, contro la sua residenza abituale.

Nulla impedirebbe ai rispettivi legislatori nazionali, in sede di recepimento della Proposta di direttiva, di dare forma alle procedure nazionali di esecuzione basate sul fenomeno dell'attrazione del diritto dell'Unione europea, che sono ugualmente applicabili ai consumatori incuranti e trasgressori dei contratti di mutuo garantiti da ipoteca.

Nel fare ciò, gli Stati membri dovranno tener conto non solo delle disposizioni degli articoli 19 e 28 della direttiva 2014/17 come legislazione positiva, ma anche, e con maggiore impatto, di tutta la giurisprudenza che la CGUE ha emanato nell'interpretare il principio di effettività derivante dalla direttiva 93/13 e che è annotata nel corpo della tesi. Si tratta, in particolare, della possibilità del mutuatario di impugnare l'esecuzione, la sospensione del procedimento e la possibilità di ricorso, poiché in tal caso lo Stato membro che recepirebbe la direttiva correrebbe il rischio elevato che la legislazione nazionale in questione venga interpretata come contraria alle direttive sopra menzionate.

LXII. Una delle caratteristiche essenziali della procedura per l'esecuzione dei diritti di garanzie proposta dalla Commissione sarebbe la sua natura extragiudiziale. La scelta della Commissione è stata motivata dal fatto che si tratterebbe dell'armonizzazione giudiziaria più invadente, meno proporzionale e possibilmente più discutibile ai sensi del diritto costituzionale nazionale e del diritto civile nazionale. Nonostante la posizione della Commissione, comprendiamo che il dibattito sulla costituzionalità e l'eventuale eccesso alla luce dei principi di proporzionalità e sussidiarietà potrebbe essere sollevato, in egual misura o in misura maggiore, per quanto riguarda l'esecuzione extragiudiziale.

Come è stato sostenuto in precedenti conclusioni, questa opzione legislativa è in linea con le tradizioni procedurali della maggior parte degli Stati membri, i quali ammettono come regola generale e nonostante le asimmetrie, la possibilità che le parti possano concordare di disporre dell'immobile ipotecato attraverso un processo extragiudiziale, anche mediante l'utilizzo dei criteri internazionali dell'Istituto UNIDROIT.

Il testo lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri per designare nelle rispettive legislazioni nazionali il professionista che assisterà nella procedura extragiudiziale di esecuzione delle garanzie, che può essere un notaio, un ufficiale giudiziario o anche un funzionario pubblico, il che non impedisce loro di essere personale al servizio dell'amministrazione della giustizia.

Riteniamo che, sebbene sarebbe stato preferibile che il prelegislatore comunitario avesse reso possibile, nella sua proposta legislativa, la possibilità per gli Stati membri di adottare una procedura di natura giurisdizionale quanto extragiudiziale, l'obbligo di adattare ovvero consentire ai sistemi procedurali nazionali di trattare una simile procedura extragiudiziale, non costituisce un'interferenza sproporzionata ed eccessiva rispetto alle tradizioni giuridiche nazionali, oramai ben consolidate. Quest'ultime, infatti, vengono gradualmente assimilate ad una de-giurisdizionalizzazione del processo di esecuzione, in concomitanza con il rafforzamento delle procedure extragiudiziali.

In ogni caso, requisito procedurale, essenziale per il ricorso a tale procedura extragiudiziale, sarebbe l'accordo espresso delle parti.

LXIII. La procedura verrebbe avviata mediante notifica del creditore al mutuatario, che includerebbe una serie di informazioni contenute nella direttiva. Se il mutuatario non effettua il pagamento, la procedura extragiudiziale accelerata continuerebbe.

La proposta di direttiva stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di "garantire" che il creditore offra al mutuatario commerciale un termine ragionevole per effettuare il pagamento, tentando di evitare l'uso di questo meccanismo accelerato di esecuzione extragiudiziale per gli interessi di garanzia. La formulazione di questa disposizione sarebbe molto ampia e discrezionale, priva di alcuno standard di "ragionevolezza", così come criticato nell'articolo 28-1 della Direttiva 2014/17. In pratica, ciò consentirebbe agli Stati membri di mantenere i loro regimi di scadenza anticipata e di pagamento nella loro forma attuale, senza imporre alcun comportamento esplicito oltre il periodo di quattro settimane successivo alla notifica dell'ingiunzione di informazione preventiva.

Riteniamo che sarebbe stato più chiaro, per gli operatori legali, stabilire espressamente il mancato pagamento del credito garantito come evento di esecuzione ai fini della direttiva, nonchè stabilire criteri comuni per il creditore esecutore per poter saldare il debito in anticipo, come avviene in molti sistemi giuridici nazionali. In questo

modo, va inteso che il prestito diventerà rimborsabile anticipatamente a seconda della natura dell'accordo tra le parti come riflesso nel contratto di prestito, modulato dai limiti legali stabiliti in ciascuno dei rispettivi Stati membri.

LXIV. La proposta di direttiva prevede che gli Stati membri garantiscano che il mutuatario aziendale non sia autorizzato a disporre dei beni forniti a titolo di garanzia a partire dal ricevimento della notifica, stante l'obbligo generale di cooperare e di fornire tutte le informazioni pertinenti laddove sia possibile applicare il meccanismo di esecuzione extragiudiziale accelerato. Sebbene l'obbligo di cooperare nell'applicazione sia codificato in varie leggi nazionali, ci rendiamo conto che il divieto di disporre del bene in questione potrebbe essere in contrasto con le tradizioni giuridiche nazionali. L'opposizione alla trasferibilità di beni mobili, o immobili pignorati o ipotecati, costituirebbe una violazione della teoria dell'indisponibilità e della sua natura generale. Se tale divieto di alienazione fosse adottato, potrebbe essere suscettibile di limitare i diritti patrimoniali del giustiziato, avendo il prelegislatore dell'Unione scelto un'altra formula più proporzionata e più rispettosa degli stessi (come la garanzia che il bene sia interessato dal processo di esecuzione extragiudiziale indipendentemente dal fatto che il giustiziato sia il proprietario o un terzo).

Comprendiamo che si tratta di una violazione dell'obbligo del legislatore dell'Unione di rispettare il diritto di godere della proprietà di ogni persona stabilito dall'art. 17 CDFUE, il quale risulta vincolante per il legislatore dell'Unione nell'esercizio del suo potere legislativo e che riteniamo debba essere rettificato.

LXV. Come meccanismi di attuazione, la Proposta di direttiva stabilisce alcuni prerequisiti, offrendo la possibilità ai legislatori nazionali di scegliere uno dei tre meccanismi: l'appropriazione o l'assegnazione diretta, l'asta pubblica e la vendita privata.

Come regola comune, è stabilito l'obbligo di valutare il valore ai fini dell'esecuzione. Come caratteristiche fondamentali, è previsto l'accordo tra creditore e debitore per la nomina, e la nomina giudiziale del creditore come criterio sussidiario. La valutazione deve essere effettuata dopo l'inadempienza, così che il mutuatario avrebbe il diritto di contestare la valutazione in tribunale. Comprendiamo che questa norma, se approvata in via definitiva, assumerebbe un carattere obbligatorio, obbligando gli Stati membri ad adeguare i loro sistemi giuridici nazionali al fine di fornire un valore reale aggiornato al momento dell'inadempienza.

LXVI. Lo stanziamento o la cessione diretta comporterebbe l'obbligo di pagare al mutuatario la differenza tra il saldo residuo del contratto di finanziamento garantito e la valutazione del bene. Per la valutazione dell'immobile al momento dell'inadempienza, la proposta di direttiva non fa riferimento all'obbligo ivi contenuto per i criteri di

valutazione stabiliti per le aste e le vendite all'asta. Comprendiamo che questa sarebbe la forma di valutazione più appropriata, tanto più che si tratta di una procedura con meno pubblicità rispetto all'asta e alla vendita, ma riteniamo che sarebbe opportuno che la Proposta stabilisse espressamente che la procedura di valutazione deve essere applicata ai casi di appropriazione.

Il primo dei meccanismi regolamentati per l'attuazione, è l'asta pubblica. La proposta di direttiva non disciplina tutte le fasi dell'asta, ma stabilisce principi generali e linee guida che gli Stati membri devono rispettare. Tra questi figurano la pubblicazione dell'ora e del luogo dell'asta, il fatto che il creditore abbia cercato di attirare il maggior numero possibile di acquirenti, l'obbligo di notifica al mutuatario, la valutazione secondo i criteri di cui sopra e diversi limiti minimi per l'approvazione dell'asta.

La nostra principale critica al modello d'asta che la Commissione intende introdurre nella sua proposta di direttiva, è la mancanza di pubblicità che ne deriverà attraverso molteplici concetti indeterminati. Nell'ambito dei modelli di realizzazione dei beni, il prelegislatore dell'Unione sembra aver preferito prendere come modello di riferimento le aste puramente fisiche in cui il creditore assume individualmente il ruolo di protagonista nella preparazione dell'asta e la loro pubblicità tende ad essere limitata rispetto ai modelli delle aste elettroniche. Il quesito logico che si pone è se proprio questa poteva essere l'occasione migliore per creare un portale d'asta europeo, in cui pubblicizzare le aste relative alle procedure extragiudiziali accelerate e tramite cui ogni cittadino o impresa dell'Unione, avrebbe avuto una effettiva e reale possibilità di presentare offerte da qualsiasi Stato membro.

Con la vendita privata, la banca sarebbe responsabile della vendita dei beni per conto del debitore al fine di recuperare il valore massimo della vendita. La proposta di direttiva prevede garanzie simili a quelle previste per le aste.

LXVII. La proposta di direttiva non stabilisce quale parte dovrà sostenere i costi della procedura extragiudiziale, in particolare quando il diritto nazionale richiede l'assistenza di un professionista i cui onorari devono essere pagati a spese delle parti. Poiché la Proposta tace su questo punto, sarà lasciata alla legislazione nazionale; inoltre, vista l'asimmetria dei regimi, soprattutto per l'intervento extragiudiziale, ci chiediamo se sia auspicabile che la Proposta di direttiva stabilisca criteri per determinare quale parte, e in quale proporzione, debba sostenere i costi della procedura, o se essi siano considerati parte del saldo residuo dell'esecuzione.

LXVIII. Se l'importo ottenuto dopo l'esecuzione è inferiore all'importo residuo del contratto di credito garantito, la proposta di direttiva prevede che gli Stati membri possano prevedere il regolamento di tutte le obbligazioni derivanti dal contratto,

conformemente al diritto nazionale applicabile. Ciò consentirebbe la possibilità di recuperare l'importo residuo per pagare il saldo del credito garantito nel caso in cui i proventi della realizzazione del bene garantito siano insufficienti. Ciò non pregiudica la possibilità di utilizzare la procedura di cancellazione del debito o di nuovo inizio prevista dalla direttiva 2019/1023 relativa ai quadri di riferimento per la ristrutturazione preventiva, la cancellazione del debito e le interdizioni.

LXIX. Il legislatore dell'Unione ha suddiviso l'elaborazione della procedura extragiudiziale di esecuzione accelerata in due settori. Da un lato, la procedura per la vendita forzata di beni immobili, gestita da autorità o professionisti che non sono tribunali. D'altra parte, possibili sono le contestazioni che possono derivare da questa procedura, a fronte di una verifica sull'illegittimità dell'esecuzione che, data la sua natura contenziosa, dovrebbe essere conosciuta dai giudici e dai tribunali nazionali.

Gli Stati membri assicurano che il mutuatario commerciale abbia il diritto di contestare il ricorso al meccanismo di esecuzione extragiudiziale accelerata degli interessi di garanzia per due motivi: (1) qualora la vendita delle attività fornite in garanzia non sia stata effettuata in conformità alle disposizioni dei requisiti di appropriazione diretta o di aggiudicazione e alle garanzie di asta pubblica e di vendita privata, o (2) qualora la valutazione delle attività non sia stata effettuata in conformità alle disposizioni nazionali relative ai requisiti di valutazione ai fini dell'esecuzione forzata. La proposta di direttiva non impedisce agli Stati membri di stabilire un regime completo in relazione ai motivi delle obiezioni, ma stabilisce due norme minime che gli Stati membri possono rispettare nel loro recepimento, limitando la conoscenza giuridica delle obiezioni a tali motivi.

Riteniamo che il legislatore dell'Unione abbia dimenticato di inserire un importante motivo di opposizione: il mutuatario giustiziato deve possedere lo status di consumatore ovvero il bene immobile deve risultare quale residenza principale di un mutuatario d'affari. Questo è un motivo in più per il legislatore europeo per sviluppare la procedura extragiudiziale accelerata, al di fuori del diritto europeo dei consumatori. Poiché la procedura non ha una fase di ammissione o di controllo giurisdizionale, sarebbe giuridicamente possibile avviare una procedura extragiudiziale accelerata nei confronti di una persona con status di consumatore. Riteniamo pertanto che l'apertura di questo terreno di sfida nella proposta di direttiva sia di fondamentale importanza.

La possibilità di sospendere la procedura di esecuzione, a causa dell'approccio della contestazione, non è prevista nella proposta di direttiva ed è al di fuori del principio di autonomia procedurale di ciascuno Stato membro. In linea con la giurisprudenza della CGUE, può essere auspicabile prevedere una sospensione del procedimento di esecuzione nel caso in cui la procedura di esecuzione sia contestata a causa dello status di consumatore del convenuto o dell'esecuzione, per motivi di residenza abituale.

LXX. Il legislatore europeo deve tener conto di un'altra circostanza fondamentale: occorre garantire che il controllo d'ufficio sia comunque effettuato da un tribunale. La norma non contiene alcun obbligo da parte di alcuni professionisti, che intervengono e conducono alcune procedure esecutive extragiudiziali, di effettuare tale controllo d'ufficio. Come rileva la dottrina della CGUE, gli obblighi che il diritto europeo configura per l'esercizio della funzione giudiziaria non sono applicabili alla funzione notarile, date le sue differenze, che si estenderebbero al potere di esaminare d'ufficio la possibile natura abusiva delle clausole contrattuali. Pertanto, Sarebbe stato necessario, in ordine ad un principio di garanzia, invocare il carattere abusivo di una clausola *ex officio*, o di stabilire l'obbligo per i professionisti coinvolti di esaminare d'ufficio (con riserva di controllo giurisdizionale) ovvero che gli stessi, di fronte a tali clausole, rifiutassero le loro prestazioni, lasciando libera la via giudiziaria per il controllo di tali clausole. Riteniamo che una revisione della proposta di direttiva in questo senso sia molto necessaria.

LXX. La proposta di direttiva prevede che gli Stati membri garantiscano che, qualora un ente creditizio o una filiazione di un ente creditizio ceda a terzi un contratto di credito garantito concedente il diritto di ricorrere all'esecuzione extragiudiziale accelerata delle garanzie reali, tali terzi acquisiscano il diritto di ricorrervi in caso di inadempimento del mutuatario aziendale, alle medesime condizioni dell'ente creditizio.

Mentre la proposta di direttiva scioglie ogni possibile dubbio circa l'esecutorietà del credito ceduto ai sensi del diritto nazionale, conferendo al terzo acquirente del credito lo stesso diritto dell'ente creditizio, riteniamo che sarebbe stato opportuno chiarire l'accesso alla procedura extragiudiziale accelerata per i crediti cartolarizzati. In particolare, comprendere se il titolare del credito cartolarizzato, o il titolare della garanzia da esso derivante, avrebbe potuto ricevere una legittimazione attiva della procedura, poiché altrimenti aumenterebbe il rischio di sviluppo di una regolamentazione differenziata in ciascuno degli Stati membri.

LXXI. Con riferimento al rapporto tra la procedura d'insolvenza e la procedura extragiudiziale accelerata, la proposta prevede che gli Stati membri prevedano che l'applicazione di uno di questi diritti non pregiudichi la priorità associata ai diritti su uno stesso diritto di garanzia concorrente.

L'introduzione della procedura esecutiva europea nel quadro nazionale non inciderebbe sul diritto fallimentare nazionale degli Stati membri, ed in particolare sulla priorità che le leggi nazionali prevedono per il recupero dei proventi dell'esecuzione.

Gli Stati membri provvedono affinché, in caso di apertura di una procedura di insolvenza nei confronti di un mutuatario aziendale, la realizzazione degli interessi di garanzia, ai sensi della legislazione nazionale che recepisce la proposta di direttiva, sia soggetta a una sospensione delle azioni individuali di esecuzione. La maggior parte degli

Stati prevede la sospensione dei procedimenti esecutivi individuali, compresi quelli derivanti dall'esecuzione dell'ipoteca. Sebbene l'entità della sospensione dell'esecuzione vari a seconda della fase della procedura d'insolvenza nello Stato membro interessato, essa è di competenza del diritto interno di ciascuno Stato ed è soggetta al principio dell'autonomia procedurale.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, fecha de consulta en http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf.
- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «La reforma de las subastas judiciales por las Leyes 19/2015, de 13 de julio y 42/2015, de 5 de octubre: problemas que se solventan y nuevos que se generan», *Diario La Ley*, vol. 8644, 2015, p. edición online.
- ADAN DOMENECH, F., «La mediación en la ejecución hipotecaria», *Revista vasca de Derecho procesal y arbitraje*, vol. 28, n.º 1, 2016, pp. 35-48.
- ADAN DOMENECH, F., «La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado», *Cuadernos de derecho y comercio*, vol. 67, 2017, pp. 83-134.
- ADAN DOMENECH, F., «Oposición al vencimiento anticipado incoado en juicio declarativo», *Revista de Derecho vLex*, vol. 166, 2018, pp. 1-18.
- DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J., «La intermediación hipotecaria como alternativa a la ejecución de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios. Especial referencia al Código de consumo de Cataluña», *Revista de Derecho civil*, vol. 7, n.º 3, 2020, pp. 199-221.
- AGUILERA MORALES, M., «TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 44, 2018, p. edición online.
- AGUILERA MORALES, M.; y CUBILLO LÓPEZ, I., «Transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación y traslado», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (coords.) *Derecho procesal civil europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 175-296.
- AKKERMANS, B.; y RAMAEKERS, E., «Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), its meanings and interpretations», *European Law Journal*, vol. 16, n.º 3, 2010, pp. 292–314.
- AKKERMANS, B.; y RAMAEKERS, E., «Free Movement of Goods and Property Law», *European Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 2013, pp. 237–266.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios: Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: Andriuc y otros/Banca Românesacă SA», *La Ley Unión*

- Europea*, vol. 53, 2017, p. edición online.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales una perspectiva española y europea*, Madrid, Civitas, 2009.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Mercado interior, contrato y derecho de la competencia», *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 5, 2006, pp. 101-120.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, del título original Theore der jurisuischen argumentation)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- ALONSO PÉREZ, M. T., «L'article 28 de la directive 2014/17: conséquences du défaut de paiement du consommateur dans le prêt immobilier», *Revue du marche commun et de l'Union Européenne*, vol. 591, 2015, pp. 479-482.
- ANCEL, M., «From the unification of law to its harmonization», *Tulane Law Review*, vol. 51, 1976, pp. 108-117.
- ANGELELLI, F., «Il divieto di patto commissorio e il nuovo art. 120- quinquiesdecies TUB (inadempimento del consumatore)», *Diritto & Diritti*, 2017, p. edición online.
- ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- ARANGÜENA FANEGO, C., «Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el art. 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 231-244.
- ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.
- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de declaración. Proceso de ejecución. Procesos especiales. Procedimiento concursal. Arbitraje y mediación*, 11, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- ARRIETA SEVILLA, L. J., «La inscribibilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria», en FONT I MAS, M. (coord.) *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 399-429.
- ARROYO AMANUELAS, E., «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 2, 2017, pp. 2-44.
- ASCOLI, A., *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto salviano*, Livorno, Tipografia di Raff. Giusti, 1887.

- BACHMAIER WINTER, L.; y BANACLOCHE PALAO, J., «Reconocimiento y ejecución (I). Cuestiones generales. Procedimiento par la obtención del reconocimiento y el exequatur», en DELA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 343-383.
- BANACLOCHE PALAO, J., «Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Tribunales de Justicia*, vol. 8/9, 1997, pp. 835-847.
- BARNARD, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, 5, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- BARNETT, R. E., «Commerce clause», *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, pp 64-68.
- BARONA VILAR, S., «Justicia integral y tutela sin proceso», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 19-43.
- BARONA VILAR, S., «Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro», en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2º, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 25-74.
- BASEDOW, J., «EC Regulations in European Private Law», en BASEDOW, J., MEIER, I., SCHNYDER, A., EINHORN, T. y GIRSBERGER, D. (coords.) *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Asser Press, 2000, pp. 17-31.
- BASEDOW, J., «The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 687-708.
- BASTANTE GRANELL, V., «Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares», *Anales de Derecho*, vol. 31, 2013, pp. 180-213.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Directiva 93/13/CEE. Primacía del derecho europeo. Tutela judicial efectiva. Comentario a la STC (Sala Primera) 75/2017 de 19 de junio de 2017», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, vol. 105, 2017, pp. 563-576.
- BERTOLINI, A., «Morosità e pignoramenti», en SIRENA, P. (coord.) *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Gruppo 24 ore, 2016, pp. 481-502.
- BIAGIONI, G., «Avotínš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights», *European Papers*, vol. 1, n.º 2, 2016, pp. 579-596.
- BIANCA, M., «Patto commissorio», *Novissimo Digesto Italiano*, pp 711-721.
- BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 4, 2000, pp. 717-748.
- BIAVATI, P., «I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi.», en BIAVATI, P. y LUPOI, M.A. (coords.) *Regole europee e giustizia civile*, Bologna,

- Bononia University Press, 2013, pp. 7-21.
- BOELE-WOELKI, K., «Unification and Harmonization of Private International Law in Europe», en BASEDOW, J., MEIER, I., SCHNYDER, A., EINHORN, T. y GIRSBERGER, D. (coords.) *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Asser Press, 2000, pp. 61-77.
- BOGENSBERGER, W., «Introduction. Area of freedom, security and justice», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 776-779.
- BONET NAVARRO, Á., «La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 24, 2011, p. edición online.
- BONET NAVARRO, J., «El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 27, 2018, p. edición online.
- BOURDET, Y.; y PERSSON, M., «Completing the European Union Customs Union: The Effects of Trade Procedure Harmonization», *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, n.º 2, 2012, pp. 300-314.
- BOZZA, G., *Il credito fondiario nel nuovo T.U. Bancario*, Padova, CEDAM, 1996.
- BRIGHT, C.; y BRIGHT, S., «Europe, the Nation State and Land», en BRIGHT, S. y DEWAR, J. (coords.) *Land Law. Themes and Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 356-375.
- BRUGGI, M. I., «Patto commissorio», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pp 1-16.
- BUCOLO, F., *La sospensione nell'esecuzione. Vol. II Le opposizioni esecutive*, Milano, Giuffrè, 1972.
- BUJOSA VADELL, L. M.; y PALOMO VÉLEZ, D., «Mediación electrónica: Perspectiva Europea», *Ius et Praxis*, vol. 23, n.º 2, 2017, pp. 51-78.
- CABRERA MERCADO, R., «Ejecución hipotecaria y control de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas», en MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2014, pp. 285-294.
- CABRERA MERCADO, R.; y LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., *La mediación civil, mercantil y concursal*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- CABRERA MERCADO, R.; y QUESADA LÓPEZ, P. M., «La legitimación activa en los supuestos de titulización hipotecaria: consecuencias en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, vol. 125, 2017, pp. 1-20.
- CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, Barcelona, Atelier, 2014.
- CACHÓN CADENAS, M. J., *El embargo*, Barcelona, Bosch, 1991.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P., «¿Hacia una europeización del proceso?», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber*

- amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 125-150.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P.; y IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La mediación como “alternativa” a la jurisdicción», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen III*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 27-96.
- CALLEJO CARRIÓN, S., *Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2015.
- CALLEJO CARRIÓN, S., «Pasado, presente y ¿futuro? de la ejecución hipotecaria. A propósito de la deriva hipotecaria», *Actualidad Civil*, vol. 12, 2015, p. edición online.
- CALLEJO CARRIÓN, S.; y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., «Mediación y ejecución hipotecaria: ¿Una convivencia posible?», en DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 597-624.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de “consumidor” en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 84-117.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos», *Anuario de derecho civil*, vol. 57, n.º 3, 2004, pp. 929-1002.
- CAMBIEN, N., «Mutual Recognition and Mutual Trust in the Internal Market», *European Papers*, vol. 2, n.º 1, 2017, pp. 93-115.
- CAPELO, M. J., «A Reforma da Acção Executiva - Trabalhos Preparatórios - Vol. 3», 2001, Lisboa, pp. 17-32.
- CAPELO, M. J., «Breves considerações sobre a legitimidade do terceiro garante e do possuidor de bens onerados pertencentes ao devedor (art. 56º do CPC)», *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, vol. 1, 1998, pp. 289-301.
- CAPONI, R., «Harmonizing Civil Procedure: Initial Remarks», en HESS, B. y KRAMER, X. (coords.) *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2018, pp. 43-62.
- CARAMELO-GOMES, J., «Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law», en FABER, W. y LURGER, B. (coords.) *Rules for the Transfer of Movable: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 239-248.
- CARNELUTTI, F., *Arte del derecho. Metodología del derecho (traducción de Santiago Sentís Melendo, del título original Arte del diritto)*, Buenos Aires, El Foro, 2006.
- CARNELUTTI, F., «Natura giuridica dell'ipoteca», *Rivista di Diritto processuale civile*, vol. XVII-XVIII, 1939, pp. 3-21.
- CARNELUTTI, F., *Processo di esecuzione I*, Padova, CEDAM, 1929.

- CARRASCO PERERA, Á., «Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 19, 2016, pp. 56-60.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E.; y MARÍN LÓPEZ, M., *Tratado de los derechos de garantía. Tomo I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «La protección de los consumidores», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 302-308.
- CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, Bosch, 1957.
- CARTY, H.; y JAMES, S., «European Account Preservation Orders: must try harder», *Clifford Chance Briefing Note*, 2014, p. edición online.
- CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1947.
- CASTAÑOS CASTRO, P., «Algunas consideraciones sobre la posible abusividad de la cláusula que prevé la venta extrajudicial del bien hipotecado», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., MORENO-TORRES HERRERA, M.L., LÓPEZ FRÍAS, M.J. y CASADO CASADO, B. (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 1245-1256.
- CASTILLO FELIPE, R., *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del Art. 559 LEC*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- CASTILLO FELIPE, R., «Mediación obligatoria y proceso de ejecución hipotecaria: una visión crítica», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. DE LOS Á. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 649-670.
- CATALÁN CHAMORRO, M. J., *Acceso a la justicia de los consumidores a través del ADR y del ODR. Tesis doctoral dirigida por Silvia Barona Vilar*, Valencia, Universitat de València, 2018.
- CATÓN, M. P., *De agri cultura. Estudio preliminar, traducción y notas de Amelia Castresana*, Madrid, Tecnos, 2009.
- CEDEÑO HERNÁN, M., «Las especialidades de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados», en GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á. (coord.) *El proceso de ejecución forzosa. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales*, Madrid, La Ley, 2015, pp. 825-917.
- CEDEÑO HERNÁN, M., «Los fueros exclusivos de competencia internacional (art. 22 RB)», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 185-212.
- CERIONI, M., *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.; GARCÍA-ARANGO DÍAZ-SAAVEDRA, C. C.; GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.; y RAMÍREZ RAMÍREZ, C., *Estudios sobre Derecho hipotecario. Tomo II*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

- CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», *Rivista di Diritto processuale civile*, vol. III, n.º I, 1926, pp. 85-104.
- CLAES, M.; y DE WITTE, B., «Competences: codification and contestation», en ŁAZOWSKI, A. y BLOCKMANS, S. (coords.) *Research handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 46-87.
- CLOSE, G., «Harmonisation of laws: use or abuse of the powers under the ECC Treaty?», *European Law Review*, n.º 3, 1978, pp. 461-481.
- CONDE FUENTES, J., «La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 307-315.
- CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en SALAS CARCELLER, A. (coord.) *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 781-787.
- CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones procesales prácticas. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- CORDÓN MORENO, F., «La subasta electrónica», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., SIGÜENZA LÓPEZ, J., TOMÁS TOMÁS, S. y CASTILLO FELIPE, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 341-351.
- CORDOPATRI, F., «La tutela del debitore nei processi esecutivi», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 4, 2008, pp. 1239-1269.
- CRAIG, P., «Competence: clarity, conferral, containment and consideration», *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 323-344.
- CROSS, R.; y HARRIS, J. W., *Precedent in English law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1991.
- CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, Las Rozas, La Ley, 2014.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., «Espacio judicial europeo y resolución de controversias transfronterizas de derecho privado», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 189-204.
- DAMIÁN MORENO, J., «La reclamación notarial de cantidades: el llamado monitorio notarial», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 229-242.
- DAVIES, G., «Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence», *European Law Journal*, vol. 21, n.º 1, 2015, pp. 2-22.
- DAVIES, J., «ADR/ODR: Too Much Optimism in the Promotion of Cross-Border Trade?»,

- en HESS, B., BERGSTRÖM, M. y STORSKRUBB, E. (coords.) *EU Civil Justice. Current issues and future outlook*, Portland, Hart Publishing, 2016, pp. 35-56.
- DAWES, A.; y LYNSKEY, O., «The ever-longer arm of EC law: the extension of community competence into the field of criminal law», *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, pp. 131-158.
- DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2000.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 89, n.º 735, 2013, pp. 111-172.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; y GASCÓN INCHAUSTI, F., «La subasta judicial de bienes inmuebles con pago aplazado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 751, n.º 91, 2015, pp. 2489-2514.
- DONDI, A., «In tema di riforme e garanzie del processo civile. Questioni rilevanti in prospettiva europea», *Il giusto processo civile*, vol. 2, 2010, pp. 555 – 576.
- DONDI, A., «Iniziative istruttorie di giudice e parti nel processo civile in prospettiva europea», *Politica del diritto*, vol. 3, 2011, pp. 467 – 480.
- DOUGAN, M., «Minimum harmonization and the internal market», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 853-885.
- DOWLING, K.; MULLALLY, S.; y SAVAGE, B., *Civil Procedure in the District Court*, 2013.
- Drewicz-Tulodziecka, A., *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, Varsovia, 2005.
- Ducoulombier, E. y Shewaram, H., *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets*, 2004.
- EISENHUT, D., «Commentary to art. 114. Approximation of laws in the internal market», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 554-563.
- VANDER ELST, R., «Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la commaute economique europeenne», en WAELBROECK, M. (coord.) *Les instruments du rapprochement des legislations dans la communaute economique europeenne*, Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, pp. 1-14.
- VAN ERP, S., «European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?», en DEVROE, W., DROSHOUT, D. y FAURE, M. (coords.) *Sixth Walter van Gerven Lecture Leuven Centre for a Common Law of Europe Ius Commune Research School*, Leuven, Europa Law Publishing, Leuven CCLE, 2006, pp. 3-33.
- FALCONE, G., «Articolo 40. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto», en PORZIO, M., BELLI, F., LOSAPPIO, G., FARINA, M.R. y SANTORO, V. (coords.) *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 398-411.

- DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., «Alcune considerazione sulla base giuridica del Programma Erasmus», en MOSCIA, L. (coord.) *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 201-210.
- FENECH NAVARRO, M., «Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal», *Revista de Derecho Procesal*, vol. 4, 1952, pp. 503-537.
- FENECH NAVARRO, M.; y CARRERAS LLANSANA, J., *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1962.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*, Madrid, Iurgium, 2001.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Especialidades procesales de la acción de daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia. En particular, el efecto vinculante de la resolución que declara la infracción y la prueba de las defensas passing-on», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 357-365.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*, Barcelona, Bosch, 2013.
- FILOGRANO, G. R., *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova, CEDAM, 2000.
- FLORES PRADA, I., *El procedimiento de apremio en la ejecución civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- FORTEA GORBE, J. L., *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas. Tesis doctoral dirigida por José María Asencio Mellado*, Alicante, Universidad de Alicante, 2016.
- FRANCESCHELLI, R., «L'ipoteca come diritto reale», *Rivista di Diritto commerciale*, vol. XXXVI, 1938, pp. 274-303.
- FUCCI, K., «La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali. Artt. 18-19-20», en SIRENA, P. (coord.) *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Gruppo 24 ore, 2016, pp. 378-394.
- FUENTES SORIANO, O., «Comentario al artículo 698», en ASENCIO MELLADO, J.M. (coord.) *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2014, pp. 1966-1969.
- FUENTES SORIANO, O., *El procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 L.H. Tesis doctoral dirigida por José María Asencio Mellado*, Alicante, Universidad de Alicante, 1997.
- FUENTES SORIANO, O., «La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 748, n.º 91, 2015, pp. 645-680.

- FURNO, C., *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Florencia, Casa editrice del dott. Carlo Cya, 1942.
- FUSARO, A., «Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive», en SIRENA, P. (coord.) *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, Gruppo 24 ore, 2016, pp. 17-26.
- GALGANO, F., *Trattato di Diritto civile. Volume Secondo*, Milano, CEDAM, 2009.
- GALLEGO DOMÍNGEZ, I., «La unificación del Derecho civil patrimonial europeo», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coords.) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García I*, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1787-1810.
- GARBEN, S., «Consumer protection», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 1456-1466.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 2013.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Eficacia transfronteriza del trámite de acuerdo extrajudicial de pagos en relación con procesos extranjeros conforme a la normativa europea», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 367-375.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Ejecuciones sin tutela completa del crédito. Los resquicios de la tutela ejecutiva», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 243-264.
- GARCÍA DEL CORRAL (TRAD.), I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Código (Codex) Tomo I*, Barcelona, Jaime Molinas, 1892.
- GARCÍA DEL CORRAL (TRAD.), I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto (Corpus iuris civilis. Pandectas)*, Barcelona, Jaime Molinas, 1882.
- GARCÍA ESCOBAR, G., «Sobre el principio de unidad en derecho concursal español», *Revista crítica de derecho privado*, vol. 14, 2017, pp. 229-258.
- GARCÍA SANZ, A., *La Competencia de la Junta General en la Reactivación de la Sociedad Anónima*, Cizur Menor, Aranzadi. *Revista de Derecho de Sociedades*, 2009.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «A vueltas con la competencia objetiva para conocer de las acciones de daños por infracciones en materia de competencia», *La Ley Mercantil*, vol. 60, n.º 8985/2019, 2019, p. edición online.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- GAYO, C., *Gaii Institutionum*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

- GEIGER, R., «Article 345. System of property ownership», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 1035-1036.
- GEIGER, R., «Article 352. Flexibility clause», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Beck, 2015, pp. 1049-1052.
- GELSI BIDART, A.; TORELLO, L.; y VESCOVI, E., *El código procesal civil modelo para iberoamérica. Historia-antecedentes-exposición de motivos*, Rosario, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- VAN GERVEN, W., «Harmonization of private law: do we need it?», *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, pp. 505-532.
- GIMENO SENDRA, V., «La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 51, 2020, p. edición online.
- GIUSTI, G., *Le opposizioni nel processo esecutivo. Procedimento e casistica*, Milano, Giuffrè, 2010.
- GOMES, C.; FERNANDO, P.; DE SOUSA, F.; TRINCÃO, C.; FERNANDES, D.; y ALMEIDA, J., *A acção executiva em avaliação. Uma Proposta de Reforma. Vol. 1*, Coimbra, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Facultad de Economía Universidad de Coimbra, 2007.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado. Estudio y formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- GÓMEZ AMIGO, L., «El proceso monitorio europeo», en DE LA OLIVA SANTOS, A., SENÉS MOTILLA, M. DEL C. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen II*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 155-239.
- GÓMEZ AMIGO, L., «Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 31, 2013, p. edición online.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «La tutela procesal privilegiada y sus clases en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, vol. 4, 2000, pp. 395-426.
- GÓMEZ DE LIAÑO, R., *Ejecución de créditos derivados de contratos bancarios*, Oviedo, Editorial Forum, 1998.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La unificación de la normativa sobre préstamos hipotecarios en la Unión Europea», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho registral*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, pp. 125-143.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.; y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil. Vol II*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones S.A., 1979.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, vol. 38, 2011, pp. 8-14.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., «La promoción de la mediación en el ámbito de la Unión

- Europea: la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 235-270.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., «El procedimiento especial de Ejecución Hipotecaria. Últimas reformas», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M.D. (coords.) *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 247-288.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Instituciones de Derecho procesal. Parte general. Tomo 1*, Granada, Ediciones TaT, 1989.
- GUASP DELGADO, J., *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, Bosch, 1951.
- GUASP DELGADO, J.; y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil*, 7, Madrid, Thomson Civitas, 2006.
- GUTIÉRREZ ALONSO, J. J., «Sobre los bancos centrales y su papel en situaciones de crisis financiera», en *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, 2014, pp. 597-608.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L.; y LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2016.
- HAIBACH, G., «The Mutual Recognition of Decisions in Civil and Commercial Matters in the European Union in the Light of the Full Faith and Credit Clause of the U.S. Constitution», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 10, n.º 3, 2003, pp. 291-300.
- HARTLEY, T., *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials*, 2º, Cambridge University Press, 2015.
- HERBOSA, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- HERMOSO DE MENA, N., *Ejecución hipotecaria: cuestiones registrales y procesales*, Barcelona, Atelier, 2016.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del derecho. Volumen III. Nueva evolución de las posiciones y las directrices metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo*, 2, Graficas Uguina, 1971.
- HERRERA PETRUS, C., «Breve caracterización de la medida de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines», en CACHÓN CADENAS, M. y FRANCO ARIAS, J. (coords.) *Derecho y proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 1231-1242.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «La adaptación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las exigencias procesales europeas», en CABRERA MERCADO, R., QUESADA LÓPEZ, P.M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli*

- ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 41-75.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- HESS, B., «The State of the Civil Justice Union», en HESS, B., BERGSTRÖM, M. y STORSKRUBB, E. (coords.) *EU Civil Justice. Current issues and future outlook*, Portland, Hart Publishing, 2016, pp. 1-19.
- HESS, B.; y KRAMER, X., «From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure: An Introduction», en HESS, B. y KRAMER, X. (coords.) *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2018, pp. 9-30.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 19, n.º 52, 2015, pp. 871-907.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La acción de oro en derecho comunitario: activismo judicial versus intervencionismo estatal», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 2, 2003, p. edición online.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La libre circulación de capitales», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 138-153.
- HOONAKKER, P., *Procédures civiles d'exécution*, Bruselas, Bruylant, 2018.
- DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, n.º 22, 2005, pp. 807-842.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, I., *Principles of transnational civil procedure: as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, May 2004 and by UNIDROIT*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2006.
- ISRAËL, J., «Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 7, n.º 1, 2000, pp. 81-99.
- JARDIM, M.; COSTA ANDRADE, M.; y PATRÃO, A., *85 perguntas sobre a hipoteca imobiliária*, Coimbra, Almedina, 2017.
- JIMÉNEZ CONDE, F., «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., SIGÜENZA LÓPEZ, J., TOMÁS TOMÁS, S. y CASTILLO FELIPE, R. (coords.) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 103-115.
- JIMENO BULNES, M., «El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en el Derecho procesal español», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 101-135.

- JIMENO BULNES, M., «La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, n.º 7, 2005, pp. 5-19.
- JIMENO BULNES, M., «La ejecución sin exequátur. La eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales en el ámbito europeo», en HERRERO PEREZAGUA, J.F. (coord.) *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 265-287.
- JOSIPOVIĆ, T., «Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 2014, pp. 223-253.
- KELLERBAUER, M., «Commentary to the Chapter 3. Approximation of laws», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 1231-1269.
- KELLERBAUER, M.; y KLAMERT, M., «Commentary to article 352», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 2072-2079.
- KENNA, P., «Introduction», en KENNA, P., NASARRE AZNAR, S., SPARKES, P. y SCHMID, C. (coords.) *Loss of homes and evictions across Europe*, Northampton, Elgar Publishing, 2018, pp. 1-65.
- KLAMERT, M., «Article 345 TFEU», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 2047-2049.
- KLAMERT, M., «What We Talk About When We Talk About Harmonisation», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 17, 2015, pp. 360-379.
- KLAMERT, M.; y LEWIS, A.-X.-P., «Commentary to article 26», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, 2019, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 464-476.
- KNÖTZL, B.; y ZACH, E., «Taking the Best from Mediation Regulations The EC Mediation Directive and the Austrian Mediation Act», *Arbitration International*, vol. 23, n.º 4, 2007, pp. 663-686.
- KOTUBY, C., «External Competence of the European Community in the Hague Conference on Private International Law: Community Harmonization and Worldwide Unification», *Netherlands International Law Review*, vol. 48, n.º 1, 2001, pp. 1-30.
- KOTZUR, M., «Commentary to art. 26», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 269-271.
- KOTZUR, M., «Commentary to art. 81», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 437-

447.

KOTZUR, M., «Commentary to article 67», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 405-411.

KOTZUR, M., «Consumer protection», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 682-685.

KOTZUR, M., «Freedom of movement of capital and payments», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 397-401.

KOTZUR, M., «Freedom to provide services», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 380-391.

KOTZUR, M., «Right of establishment», en GEIGER, R., KHAN, D.-E. y KOTZUR, M. (coords.) *European Union Treaties. A Commentary*, Munich, Beck, 2015, pp. 356-380.

KRAMER, X., «A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe: the European Small Claims Procedure Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European Harmonization», en JONGBLOED, A.W. (coord.) *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Amberes, Intersentia, 2008, pp. 253-283.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «Presentación de la obra», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y GACÓN INCHAUSTI, F. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 25-32.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; y VEGAS TORRES, J., «Lección 47. Las especialidades procedimentales de los procesos ordinarios y los procesos especiales», en DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Curso de Derecho procesal civil II*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2014, pp. 545-583.

DE LA PUENTE ALFARO, F., «¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 741, 2014, pp. 39-66.

LAPORTE, C., *Guide pratique de la saisie immobilière*, Paris, Lexis Nexis, 2016.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho (traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, de título original Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*, Barcelona, Ariel, 1994.

LAW, J., «Decree nisi», *A Dictionary of Law*, p online.

LAW, J., «Equitable mortgage», *A Dictionary of Law*, p online.

LAW, J., «Equity», *A Dictionary of Law*, p online.

LAW, J., «Exemplary damages (punitive damages, vindictive damages)», *A Dictionary of*

- Law*, p edición online.
- LAW, J., «Prima facie», *A Dictionary of Law*, p online.
- LAW, J., «Tender», *A Dictionary of Law*, p online.
- LEIBLE, S.; y STAUDINGER, A., «Article 65 of the EC Treaty in the EC System of Competencies», *The European Legal Forum*, n.º 4, 2001, pp. 225-300.
- LENAERTS, K.; ARTS, D.; y MASELIS, I., *Procedural Law of the European Union*, 2º, London, Sweet & Maxwell, 2006.
- LIEBMAN, E. T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 2, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1936.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (coords.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 87-120.
- LINDBLOM, H., «Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law», *European Review of Private Law*, vol. 1, 1997, pp. 11-46.
- LOCK, T., «Article 17 CFR», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 2149-2152.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «Derecho comunitario de la competencia (I): las prácticas anticompetitivas de las empresas», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 158-171.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «El mercado interior: cuestiones generales», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 28-39.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «Los derechos de propiedad intelectual en el comercio internacional», en HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. y ROLDÁN BARBERO, F.J. (coords.) *Derecho internacional económico*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, pp. 163-186.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «La dación de viviendas en pago de deudas», *eXtoikos*, vol. 7, 2012, pp. 55-60.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.; y TORRES CASERO, J. A., «¿Concentraciones bancarias transfronterizas en la Unión Europea?», *Estrategia Financiera*, vol. 350, 2017, pp. 44-49.
- LÓPEZ PICÓ, R., «La subasta judicial electrónica», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., GARCÍA MOLINA, P., CONDE FUENTES, J. y ARRABAL PLATERO, P. (coords.) *Tendencias actuales del Derecho procesal*, Granada, Comares, 2019, pp. 371-382.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social», *Diario La Ley*, vol. 6865, 2008, p. Edición digital.

- LORCA NAVARRETE, A. M., *La huida de la ejecución de la jurisdicción y su impulso procesal por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución. Veinte años de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000-2020*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2020.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «Los Juzgados de lo Mercantil. En particular los Juzgados de Marca Comunitaria», *La nueva Ley concursal*, 2004, pp. 29-43.
- LOW, G., «Unitas via Diversitas: Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 2012, pp. 132-147.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; y RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios», *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 31, 2013, pp. 1-44.
- LUISO, F. P., *L'esecuzione «ultra partes»*, Milano, Giuffrè, 1984.
- MADDOX, N., *Mortgages: Law and Practice*, 2, Dublin, Thomson Reuters Ireland, 2017.
- MAGRO SERVET, V., «La entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil y del Tribunal de Marcas, Dibujos y Modelos Comunitarios», *La Ley*, vol. 2744, n.º 3, 2003, pp. 1352-1361.
- MAK, V., «What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *Journal of Consumer Policy*, vol. 38, 2015, pp. 411-430.
- MANGAS MARTÍN, A., «La competencias de la Unión Europea», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. (coords.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 69-86.
- MÁRQUEZ CARRASCO, M. DEL C., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Actuales desafíos del proceso de negociación», en HINOJO ROJAS, M. y PELÁEZ MARÓN, J.M. (coords.) *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2012, pp. 507-524.
- MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Granada, Comares, 2000.
- MARTÍN PASTOR, J., *Los Recursos en el Proceso Civil de Ejecución*, Las Rozas, La Ley, 2008.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El derecho de establecimiento», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 108-121.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa», *Revista de las Cortes Generales*, vol. 70-72, 2007, pp. 85-126.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho*

Comunitario Europeo, vol. 19, n.º 52, 2015, pp. 825-869.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Las competencias comunitarias», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 12-23.

MARTÍNEZ ENGUÍDANOS, J., «La nueva Ley de Secretos Empresariales: un paso adelante en la protección de los activos de la empresa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 10, 2019, p. edición online.

MEIJKNECHT, P., «Impact of time in the recent EC regulations on international civil procedure», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, n.º 3, 2003, pp. 437-458.

MÉNDEZ PINEDO, M. E., «Will the Directive 2014/17/EU on mortgage credit protect consumers in the next economic and/or financial crisis?», *Tribuna Juridică*, n.º 16, 2018, pp. 564-584.

MICKLITZ, H., «Transborder Law Enforcement— Does it Exist?», en WEATHERILL, S. y BERNITZ, U. (coords.) *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Londres, Hart Publishing, 2007, pp. 235–254.

MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», *Anuario jurídico y económico escurialense*, vol. 50, 2017, pp. 13-58.

MOLINA DEL POZO, C. F., «Aproximación de legislaciones en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V. y GARCÍA COUSO, S. (coords.) *Comentarios a la Constitución Europea. Libro III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 613-637.

MOLONEY, N., «The European Securities and Markets Authority and Institutional Design for the EU Financial Market –A Tale of Two Competences: Part (1) Rule-Making», *European Business Organization Law Review*, vol. 12, 2011, pp. 41-86.

MONACO, R., «Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 12, n.º 1, 1960, pp. 61-74.

MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MORENO CATENA, V. M., «La oposición a la ejecución forzosa de títulos extrajudiciales», en *La ejecución civil*, Madrid, Centro de Documentación del Poder Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 833-878.

MORENO GARCÍA, L., «Tratamiento de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria tras las modificaciones operadas por la ley 1/2013, de 14 de mayo y la ley 9/2015, de 25 de mayo», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J.P., FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. DE LOS Á. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 915-938.

MORENO QUESADA, B., «Artículo 117», en ALBALADEJO, M. y DIEZ ALABART, S. (coords.) *Comentarios al Código Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la*

- Ley Hipotecaria*, 2004, p. edición online.
- MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, Barcelona, Cedecs, 1997.
- MUÑIZ ESPADA, E., *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MUÑIZ ESPADA, E., «Hacia la superación de las deficiencias jurídicas y económicas de algunos sistemas hipotecarios: el ejemplo del Derecho francés», en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E. (coords.) *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008, pp. 165-220.
- MUÑIZ ESPADA, E., «La política de la UE en materia de crédito inmobiliario», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., MORENO-TORRES HERRERA, M.L., LÓPEZ FRÍAS, M.J. y CASADO CASADO, B. (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 73-108.
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. DEL C., *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2010.
- MUÑOZ ROJAS, T., «Aspectos de la hipoteca y su ejecución procesal», *Revista de Derecho procesal*, 1979, pp. 81-126.
- NASARRE AZNAR, S., «Reacciones al libro verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la eurohipoteca», en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E. (coords.) *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008, pp. 125-164.
- DELLA NEGRA, F., «The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová», *Common Market Law Review*, vol. 52, 2015, pp. 1009–1032.
- NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, Atelier, 2007.
- NIEVA FENOLL, J., «La actuación de oficio del juez nacional europeo», en CABRERA MERCADO, R., QUESADA LÓPEZ, P.M. y LÓPEZ PICÓ, R. (coords.) *L'influenza del Diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 77-99.
- NORMAND, J., «Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne», *European Review of Private Law*, vol. 4, 1998, pp. 383-399.
- NORMAND, J., «Un droit judiciaire européen?», en DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (coord.) *Le droit privé européen*, Economica, Paris, 1998, pp. 124-135.
- OLESTI RAYO, A., «El proceso de integración europeo y el futuro de la Unión Económica y Monetaria», *Anuario español de derecho internacional*, vol. 34, 2018, pp. 881-899.

- OLESTI RAYO, A., «La libre circulación de los agentes de la propiedad inmobiliaria: la interpretación jurisdiccional del acceso y ejercicio de la profesión en España», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, n.º 3, 1992, pp. 857-904.
- ORIANI, R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, Jovene Editore, 1987.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda», *La Ley Unión Europea*, vol. 11, 2014, pp. 39-45.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa: (una visión panorámica de los principales puntos de divergencia)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La oposición a la subasta notarial de la prenda: especial referencia a la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro 5º del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales», *La notaria*, vol. 59-60, 2008, pp. 51-64.
- ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución forzosa civil tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo», *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 22, n.º 12, 2013, pp. 109-125.
- DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- DE PABLOS O'MULLONY, J. M., «Las subastas electrónicas. Posibilidades y modelos a seguir», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 889-902.
- PAGLIANTINI, S., «L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.», *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 5, 2016, p. edición online.
- PALMIERI, E., «Invecta et illata», *Novissimo Digesto Italiano*, p 1.
- PARRAS MARTÍN, A., «Las existencias de elementos extranjeros en las crisis empresariales de las entidades de crédito», en PEINADO GRACIA, J.I., VALENZUELA GARACH, F.J. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coords.) *Estudios de derecho concursal*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 281-288.
- PARTSCH, P.-E., *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruselas, Larcier, 2003.
- PAU PEDRÓN, A., «La hipoteca de responsabilidad limitada», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 81-102.
- PAVLA, V., «Reduction of legislative barriers on consumer and mortgage loan markets», *Munich Personal RePEc Archive*, vol. 25252, 2009, pp. 1-11.
- PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum*

- Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2017.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 32, n.º 130, 2013, pp. 79-110.
- PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Barcelona, Atelier, 2018.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, vol. 8391, XXXV, 2014.
- PÉREZ GORDO, A., *La suspensión del juicio ejecutivo*, Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1971.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2011.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 277-298.
- PICKER, C., «Comparative Law as an Engine of Change for Civil Procedure», en PICKER, C. y SEIDMAN, G. (coords.) *The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments*, Nueva York, Springer, 2016, pp. 45-59.
- PICÓ I JUNOY, J., «Reflexiones críticas sobre las normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea en materia de prueba pericial», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 469-474.
- PLAZA PENADÉS, J., «La acción de cesación en el Derecho comunitario de consumo», *Revista internauta de práctica jurídica*, vol. 4, 2000.
- PLENDER, R., «Competence, European Community Law and Nationals of Non-Member States», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, n.º 3, 1990, pp. 599-610.
- PLOUX, G.; y PLOUX, G., *La pratique de la saisie immobilière*, Mesnil-sur-l'Estrée, Breal, 2014.
- POENARU, L., «Euro mortgage», *Romanian Economic and Business Review*, vol. 2, n.º 1, 2007, pp. 17-24.

- PRADO IRANZO, V.; y PASCUAL SERRATS, R., «Normas mínimas comunes sobre justicia gratuita», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen III*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 97-173.
- PRESTI, G., «La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa», *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. LXXI, 1996, pp. 207-221.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Juicios sumarios y especiales. Características del procedimiento de ejecución de la Ley Hipotecaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XC, n.º IX, 1944, pp. 491-494.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I*, Pamplona, Aranzadi, 1985.
- QUERZOLA, L., «Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 2, 2001, pp. 501-524.
- QUESADA LÓPEZ, P. M., *Desencuentros entre el Derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿Una relación imposible?*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.
- QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, Madrid, Iustel, 2019.
- QUESADA LÓPEZ, P. M., «Implicaciones procesales: La ejecución de la hipoteca conforme al nuevo marco regulatorio», en LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (coord.) *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, pp. 489-511.
- QUESADA LÓPEZ, P. M., «La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria: problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria», en CABRERA MERCADO, R. y QUESADA LÓPEZ, P.M. (coords.) *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 195-223.
- QUESADA LÓPEZ, P. M., «La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecarios. Impacto del Derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., MORENO-TORRES HERRERA, M.L., LÓPEZ FRÍAS, M.J. y CASADO CASADO, B. (coords.) *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 1179-1203.
- RABASA MARTÍNEZ, I., «El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva 2016/943 relativa a los conocimientos técnicos e información empresarial no divulgados», *La Ley Mercantil*, vol. 48, n.º 47, 2018, p. edición online.
- RABBENO, A., *Codice del credito fondiario*, 2, Florencia, Barbèra, 1891.
- RALUCA STROIE, I., «Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 7, 2013, pp. 238-239.
- RAMOS MENDEZ, F., «La insignificante levedad operativa de la legislación procesal civil

- europaea», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.) *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo. Liber amicorum Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 387-401.
- RAVAZZONI, A., *Le ipoteche*, Milano, Giuffrè, 2006.
- VAN RHEE, C. H., «Approximation of Civil Procedural Law in the European Union», en HESS, B. y KRAMER, X. (coords.) *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2018, pp. 63-75.
- RICCIO, A., «Due voci sul conflitto tra privilegio speciale ed ipoteca», *Contratto e impresa*, vol. 6, 2010, pp. 1235-1278.
- RICCIO, A., *La propiedad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Reus, 2018.
- RIESENHUBER, K., «European legal methodology: introduction and overview», en RIESENHUBER, K. (coord.) *European Legal Methodology*, Plymouth, Intersentia Ltd, 2017, pp. 1-11.
- RIFÁ SOLER, J. M., *Proceso de ejecución y registro de la propiedad*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2013.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dilex S.L., 2004.
- ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.; y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario. Tomo X*, Barcelona, Bosch, 2009.
- RODRÍGUEZ PRIETO, F., «Pacto comisorio y pacto marciano», *El notario del siglo XXI*, vol. 91-92, 2020, p. edición online, fecha de consulta en <https://www.elnotario.es/practica-juridica/3304-pacto-comisorio-y-pacto-marciano-0-8973827435610655>.
- ROMANO, A., *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, Jovene Editore, 2008.
- ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia (traducción de Genaro R. Carrió, de título original Om ret og retfærdighed)*, Buenos Aires, Eudeba, 2006.
- ROSSI, L. S., «From EU pillar to Area: the impact of the Lisbon Treaty on the External Dimension of Freedom, Security and Justice», *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 16, n.º 4, 2011, pp. 999-1014.
- ROTT, P., «Minimum harmonization for the completion of the internal market? the example of consumer sales law», *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, pp. 1107-1135.
- RUIZ MORENO, J. M., «La extralimitación interpretativa en la aplicación de la primacía del derecho europeo, el supuesto singular de algunos títulos ejecutivos», en MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y TOMÁS TOMÁS, S. (coords.) *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2014, pp. 425-436.

- RUIZ MORENO, J. M., «La intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje de consumo», *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 1, 2015, pp. 1-27.
- SAMARINA, A.; ZHANG, L.; y BEZEMER, D., «Credit cycle coherence in the eurozone: Was there a euro effect?», *Journal of International Money and Finance*, vol. 77, 2017, pp. 77-98.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «Venta extrajudicial de vivienda habitual hipotecada», en RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (coords.) *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 837-861.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., «Aproximación del derecho civil en europa: marco comunitario y competencias de la comunidad europea», en *El dret civil català en el context europeu: materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Gerona, Documenta Universitaria, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2003, pp. 47-82.
- SANCHO GARGALLO, I., «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», *Indret*, vol. 1, 2009, p. 35.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, 2, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- Schmid, C. y Hertel, C., *Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report*, Florencia, 2005.
- SCHULTE-NÖLKE, H., «How to realise the “Blue Button”? - Reflections on an optional instrument in the area of contract law», en SCHULZE, R. y SCHULTE-NÖLKE, H. (coords.) *European Private Law- Current Status and Perspectives*, Munich, Sellier. European law publishers, 2011, pp. 89-105.
- SCHWARTZE, A., «Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation», *European Review of Private Law*, n.º 1, 2000, pp. 135-146.
- Segré, C., *The development of a European capital market. Report of a Group of Experts appointed by the EEC Commission*, 1966.
- SEIDMAN, G., «Comparative Civil Procedure», en PICKER, C. y SEIDMAN, G. (coords.) *The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments*, Nueva York, Springer, 2016, pp. 3-17.
- SEIDMAN, G., «The New Comparative Civil Procedure», en PICKER, C. y SEIDMAN, G. (coords.) *The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments*, Nueva York, Springer, 2016, pp. 19-44.
- SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados», en DE LA OLIVA SANTOS, A., SENÉS MOTILLA, M. DEL C. y VEGAS TORRES, J. (coords.) *Derecho procesal civil europeo. Volúmen II*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 31-153.
- SENÉS MOTILLA, M. DEL C., «La adaptación a la normativa europea del vencimiento

- anticipado», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 151-162.
- SEPE, M., «Art. 40. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto», en CAPRIGLIONE, F., PELLEGRINI, M., SEPE, M. y TROIANO, V. (coords.) *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Wolters Kluwer CEDAM, 2012, pp. 462-476.
- SEPE, M., «Art. 41. Procedimento esecutivo», en CAPRIGLIONE, F., PELLEGRINI, M., SEPE, M. y TROIANO, V. (coords.) *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Wolters Kluwer CEDAM, 2012, pp. 490-501.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La oposición a medidas ejecutivas concretas», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Centro de Documentación del Poder Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 771-794.
- SERRANO MASIP, M., «Desarrollo de estándares mínimos europeos al amparo de la eficiencia del proceso civil», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 525-532.
- SETTANI, G., «Equity Release, Reverse Mortgage and Home Equity Conversion: Perspectives in Different Law Systems and Questions for Harmonization at EU Level», *European Business Law Review*, vol. 28, n.º 5, 2017, pp. 731 – 746.
- SHELTON, D., *Remedies in international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 533-543.
- SIMÓN MORENO, H., «La armonización de los derechos reales en europa», *Tesis Doctoral leída en la Universitat Rovira i Virgili. Director: Sergio Nasarre Aznar*, 2010, Tarragona.
- SIMÓN MORENO, H., *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea*, Barcelona, Bosch, 2011.
- SIMÓN MORENO, H.; y NASARRE AZNAR, S., «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de la vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la Reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 139, n.º 34, 2015, pp. 11-55.
- SMITS, J., «Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights», *European Review of Private Law*, vol. 1, 2010, pp. 5-14.
- SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, 5, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2016.

- SPARKES, P., *European Land Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- STAFF, N., «Consumer Protection in Mortgage Lending A Comparative Analysis of the Impacts of the Mortgage Credit Directive in Sweden and the United Kingdom», *European Journal of Comparative Law and Governance*, vol. 3, 2016, pp. 385-454.
- STEIBLYTÉ, A.; y TOMKIN, J., «Capital and payments», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 743-775.
- STÖCKER, O., «La Eurohipoteca», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 620, 1994, pp. 91-182.
- STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff/ Kluwer, 1994.
- STORSKRUBB, E., «Civil justice. Constitutional and regulatory issues revisited», en FLETCHER, M., HERLIN-KARNELL, E. y MATERA, C. (coords.) *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Londres, Routledge, 2019, pp. 303-336.
- STORSKRUBB, E., *Civil procedure and EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SZPUNAR, M., «Procedural Autonomy and Private Law», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, vol. 1, 2018, pp. 1-9.
- TARDIVO, C.-M., *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, 5, Milano, Giuffrè, 2003.
- TARDIVO, C.-M., «L'ultravigenza (provvisoria) dell'art. 20 del T.U. sul credito fondiario e il rimedio dell'art. 615 c.p.c. per il proprietario acquirente: riconoscimento del contraddittorio nel processo esecutivo?», *Vita notarile*, vol. 5, 1995, pp. 1243-1267.
- TARZIA, G., «Il bene immobile nel processo esecutivo», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 1, 1989, pp. 340-359.
- TATO PLAZA, A., «Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Barcelona, Marcial Pons, Unicaja, Cajasur, 2005, pp. 3279-3293.
- TENA ALÓS, M. Á., «Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 727, n.º 91, 2015, pp. 149-188.
- TIT, N.-H., «How far have we reached in European cooperation in civil matters? A view on european enforcement», *CES Working Papers*, vol. VII, n.º 2A, 2015, pp. 637-647.
- TOMÁS TOMÁS, S., «El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 4, 2016, p. edición online.
- TOMKIN, J., «Chapter 2. Right of establishment», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y

- TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 647-700.
- TOMKIN, J., «Freedom to provide services», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 702-741.
- TRAUNER, F.; y RIPOLL SERVENT, A., «The Communitarization of the Area of Freedom, Security and Justice: Why Institutional Change does not Translate into Policy Change», *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, n.º 6, 2016, pp. 1417-1432.
- TRIMARCHI, M., «I beni e la proprietà», en TIZZANO, A. (coord.) *Il Diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 151-167.
- UHRY, M., «Evictions in France», en KENNA, P., NASARRE AZNAR, S., SPARKES, P. y SCHMID, C. (coords.) *Loss of homes and evictions across Europe*, Northampton, Elgar Publishing, 2018, pp. 95-112.
- VACCARELLA, R., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, UTET, 1993.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La protección del consumidor europeo: alternativas a la vía judicial», *Revista de Estudios Europeos*, vol. 66, 2015, pp. 52-74.
- VALIÑO CES, A., «La mediación en consumo y la adaptación al Derecho procesal español de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo», en JIMÉNEZ CONDE, F., FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.) *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 545-553.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II)», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.) *Derecho comunitario material*, Aravaca, Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 52-63.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 2, n.º 3, 1998, pp. 41-78.
- VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del Derecho Civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo», *La Ley*, vol. 4, 2002, p. edición online.
- VELA TORRES, P. J., «Hipoteca multidivisa: adaptación de la jurisprudencia española a la del TJUE», *Diario La Ley*, vol. 9108, 2017, p. edición online.
- VELA TORRES, P. J., «No existe cosa juzgada en el declarativo posterior a la ejecución hipotecaria, cuando no podía oponerse la abusividad», *Diario La Ley*, vol. 9105, 2017, p. edición online.
- VERNADAKI, Z., «Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations», *Journal of Contemporary European Research*, vol. 9, n.º 2, 2013, p. 297-312.
- VINCRE, S., «Il terzo acquirente dell'immobile pignorato e la legittimazione all'opposizione all'esecuzione», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 1, 2014, pp. 245-

253.

VINCRE, S., «L'”improcedibilità” dell'espropriazione e l'opposizione all'esecuzione», *Rivista di Diritto processuale*, vol. 6, 2018, pp. 1654 – 1665.

VINCRE, S., «Le pretese del creditore fondiario e quelle della curatela fallimentare alla luce dell'economia processuale», *Rivista di diritto processuale*, vol. 1, 2020, pp. 402 – 410.

VISSCHER, L., «A Law and Economics View on Harmonization of Procedural Law», *Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE)*, vol. 09, 2010, pp. 1-21.

VIVES MARTÍNEZ, G., «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago», *Diario La Ley*, vol. D-291, 2012, p. edición online.

VLAS, P.; IBILI, F.; ZILINSKY, M.; y VLEK, J. F., «Civil jurisdiction and enforcement of judgments in Europe», *Netherlands International Law Review*, vol. 56, 2009, pp. 245–272.

WATT, G., «The Eurohypothec and the English Mortgage», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 1, 2006, pp. 173-193.

WEATHERILL, S., «The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a “Drafting Guide”», *German Law Journal*, vol. 12, n.º 3, 2011, pp. 827-864.

WEATHERILL, S., «Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?», *European Review of Private Law*, vol. 5, 2004, pp. 633–660.

WEILER, J., «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403-2483.

WILDERSPIN, M., «Commentary to article 67», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 779-785.

WILDERSPIN, M., «Judicial cooperation in civil matters», en KELLERBAUER, M., KLAMERT, M. y TOMKIN, J. (coords.) *The EU treaties and the Charter of fundamental rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 852-869.

ZAPHIRIOU, G., «Harmonization of Private Rules between Civil and Common Law Jurisdictions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, pp. 71-97.

Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001.

UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Nueva York, 2010, fecha de consulta en https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf.

UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Viena, 2016, fecha de consulta en https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/ML_ST_E_ebook.pdf.