

EL DERECHO A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
O LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES EN LA UNIÓN
EUROPEA VS LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR
NACIONAL CROATA A LA LUZ DEL ASUNTO C-630/17
ANICA MILIVOJEVIĆ VS. RAIFFEISENBANK
ST. STEFAN-JAGERBERG-WOLFSBERG EGEN

THE RIGHT TO FREE PROVISION OF SERVICES OR FREE
MOVEMENT OF CAPITAL IN THE EUROPEAN UNION VS.
THE PROTECTION OF THE CROATIAN NATIONAL
CONSUMER IN THE CONTEXT OF THE CASE C-630/17
ANICA MILIVOJEVIĆ VS. RAIFFEISENBANK ST. STEFAN-
JAGERBERG-WOLFSBERG EGEN

DRA. MARÍA JOSÉ CATALÁN CHAMORRO
PSI de Derecho Procesal de la Universidad de Córdoba
(Acreditada a Profesora Contratada Doctora)

Recibido: 08.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5201>

Resumen: En el presente trabajo se analiza el impacto que ha tenido la Ley de nulidad de los contratos de préstamo con elementos internacionales celebrados en la República de Croacia con un acreedor no autorizado y su confrontación con la normativa europea. Esto se realiza a través de las cuestiones prejudiciales planteadas por un Tribunal municipal croata sobre la afectación del derecho a la libre prestación de servicios y libre circulación de capitales en la Unión Europea; alteración de los fueros competenciales, extensión del concepto de consumidor a empresarios y la concepción de los derechos reales.

Palabras clave: Derecho a la libre prestación de servicios, Reglamento 1215/2012, defensa de los consumidores y derecho real de hipoteca.

Abstract: This paper analyses the impact of the Law on the nullity of loan contracts with international elements entered into in the Republic of Croatia with an unauthorised creditor and its confrontation with European regulations. This is done through prejudicial questions raised by a Croatian Municipal Court on the effect of the right to the free provision of services and free movement of capital in the European Union; alteration of the jurisdictional privileges, extension of the concept of consumer to entrepreneurs and the conception of mortgage rights.

Keywords: Right to freedom to provide services, Regulation 1215/2012, consumer protection and mortgage lien.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. 1. Presentación. 2. Supuesto de hecho. II. Breve contextualización de la normativa croata. III. Cuestiones planteadas al TJUE. IV Cuestión prejudicial relativa a la confrontación con el derecho a la libre prestación de servicios y libre circulación de

- capitales. V. Cuestiones prejudiciales relativas al ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012.
1. La afectación de la competencia legalmente establecida.
 2. Análisis del concepto de consumidor.
 3. Interpretación del préstamo y su escritura como derecho real inmobiliario.

I. Consideraciones preliminares

1. Presentación

1. La STJUE de 14 de febrero de 2019, *Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*¹ objeto del presente trabajo resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Općinski Sud u Rijeci (Tribunal Municipal de Rijeka, Croacia) surgida en torno a la aplicabilidad de la polémica *Ley de nulidad de los contratos de préstamo con elementos internacionales celebrados en la República de Croacia con un acreedor no autorizado* (en adelante, Ley de 14 de julio de 2017). A través de esta Ley, el citado Estado Miembro pretendía establecer la nulidad de todos los contratos de préstamo no satisfechos, con efectos retroactivos a la entrada en vigor de la citada Ley de 14 de julio de 2017. Siempre y cuando estos contratos de préstamo contuviesen elementos internacionales y el prestador del servicio de préstamo, en el momento de la celebración del mismo tuviese su sede social fuera de la República de Croacia. Es decir, contratos de préstamo celebrados entre deudores croatas y prestamistas extranjeros no autorizados por el Hrvatska narodna banka (Banco Central de Croacia) para prestar servicios de crédito en Croacia. Así las cosas, tras la declaración de nulidad del préstamo se obliga a las partes a reestablecerse a la situación anterior a la firma del mismo, devolviéndose por parte del deudor la cantidad prestada y por la del prestamista los intereses y comisiones recibidas desde la celebración del contrato.

2. Supuesto de hecho

2. La demanda planteada el 23 de abril de 2015 por Anica Milivojević (en lo sucesivo, la demandante), fue resuelta por los Tribunales croatas el 3 de julio de 2017, antes de que fuese promulgada la citada Ley. Sin embargo, este órgano jurisdiccional vuelve a reabrir el proceso mediante resolución de 10 de agosto de 2017, debido a la entrada en vigor de la citada Ley de 14 de julio de 2017, ya que el Gobierno Croata habría informado del efecto de retroactividad de la citada Ley el 25 de mayo de 2017, cuando ésta era solo un proyecto.

3. La demandante, pretendía la nulidad *ab initio* de un contrato de préstamo, de 47.000 euros recibido en metálico en la sucursal de Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen (en lo sucesivo, la demandada) sita en Austria donde este prestador tiene su residencia habitual, firmado el 5 de enero de 2007 junto con su cónyuge -fallecido posteriormente-. Este préstamo fue garantizado con hipoteca ante notario sobre un inmueble situado en Croacia, que dio lugar a la inscripción en el Registro de la Propiedad el 12 de enero de 2007, pretendiéndose también dentro del *petitum* de la demanda la nulidad y la cancelación de dicha garantía otorgada dentro del contrato de préstamo.

4. Si bien, es cierto que aunque este contrato fue facilitado por un intermediario croata, que recibió una comisión, el Tribunal no ha aceptado el vínculo de este intermediario croata para entender que este fuese el prestador del servicio y por tanto, a la luz del Reglamento Roma I art. 4.1.b) sea la legislación croata la aplicable a los conflictos nacionales y con la consecuencia de que no se le pueda aplicar la citada Ley de 14 de julio de 2017, al no contener elementos internacionales en el contrato.

5. Finalmente, es necesario apuntar que el préstamo tenía como finalidad acometer unas obras para adaptar la vivienda familiar al negocio del alquiler de apartamentos turísticos y por ende la también renovación de la vivienda familiar en su uso privado.

¹ ECLI:EU:C:2019:123,C-630/17.

II. Breve contextualización de la normativa croata

6. La aspiración de esta Ley nacional croata, de 14 de julio de 2017, era la protección del consumidor, ante contratos hipotéticamente leoninos firmados entre el año 2000 y el año 2010 por sus ciudadanos y cuya estimación de afectados se sitúa en torno a los tres mil contratos por un valor total de 360 millones de euros según las alegaciones del Gobierno croata. Las pretensiones del Gobierno croata en el presente asunto van en la línea de preservar el orden público, la reputación, el buen funcionamiento del sector financiero y la protección de la parte contractual más débil, los consumidores y por ello, aluden a la desprotección total de los derechos de los deudores.

Sin embargo, en el concepto de consumidor deudor, el citado Gobierno engloba sin distinción al consumidor medio, al consumidor vulnerable² y a los empresarios –sin distinción del tamaño de estos en sus alegaciones– ante cláusulas hipotéticamente engañosas. A través de esta Ley nacional, el Gobierno pretende declarar la nulidad de estos contratos de préstamo, con hipotéticas cláusulas engañosas, *ex ante* es decir, sin necesidad de analizar o probar el contenido de los mismos, y de forma retroactiva a la entrada en vigor de la citada Ley.

De este modo, entendemos crea una inseguridad jurídica desde el inicio a los operadores extranjeros prestamistas a los que les quedan pocas herramientas para una tutela judicial efectiva, creando además una situación de desigualdad de partes difícilmente amparable en la discriminación positiva al generalizar la adopción de esta medida a todo tipo de consumidores y empresarios como analizaremos más adelante.

7. Sin embargo, posiblemente haya sido el elemento discriminatorio por razón de la nacionalidad, el que más haya incitado al Tribunal croata a elevar esta cuestión al TJUE, ya que estos contratos de los que se pretendía la nulidad debían haber sido celebrados por parte de prestamistas no nacionales croatas -hasta la entrada en vigor de la Ley *del contrato de crédito al consumo modificada* de 30 de septiembre de 2015- y por ende estos tipos de préstamos se establecen como excepción flagrante a la libre prestación de servicios dentro del mercado único europeo en pro de una supuesta protección a sus consumidores nacionales.

Con este estado de la cuestión nos proponemos analizar brevemente tres cuestiones aludidas en la sentencia necesarias de comentarios, aunque no son parte fundamental de las cuestiones prejudiciales planteadas, pero que nos ayudan a situarnos en el escenario croata.

8. En primer lugar, la Ley de 14 julio de 2017 cuestiona de forma universal la protección al consumidor en el marco de la Unión Europea y cuyas mermas afectan según el gobierno croata al orden público y al buen funcionamiento del sistema financiero. Pues bien, la protección del cliente y, sobre todo del cliente financiero, ha sido uno de los pilares básicos a la hora de construir el mercado único europeo. El éxito del mercado europeo es, sin duda alguna, la confianza mutua entre sus consumidores y comerciantes, independientemente de la nacionalidad de estos. Así las cosas, no solo se ha protegido al consumidor en los bienes que compraba a otros Estados miembros, sino que también se le ha protegido en el ámbito de los servicios y especialmente de los servicios financieros³.

² Cuestión controvertida en la doctrina del ámbito europeo ver más en: M.D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *Consumidor Vulnerable*, Colección de Derecho de Consumo, Ed. Reus, Madrid, 2015, pp. 21-24 y M.T. ÁLVAREZ MORENO, *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015, pp. 23-32.

³ Ejemplo de esta protección vinculada al objeto de la sentencia analizada son 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 y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo o la Directiva 2011/90/UE de la Comisión de 14 de noviembre de 2011 por la que se modifica la parte II del anexo I de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que se establecen supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente, entre otras.

9. En segundo lugar, en el presente trabajo apuntamos al concepto de cláusulas hipotéticamente engañosas o prestamos hipotéticamente leoninos, debido a que en virtud de esta Ley de 14 de julio de 2017 no es necesario presentar prueba sobre las condiciones de abusividad de estos contratos de préstamo por parte de los deudores hipotecarios. De este modo, la citada Ley, establece una norma retroactiva, general y casi automática que declara nulos de pleno derecho todos los contratos de crédito que presenten elementos internacionales celebrados con prestamistas no autorizados, a excepción de aquellos que hayan sido íntegramente ejecutados, sin ni siquiera entrar a analizar el contenido de los mismos.

10. Así mismo tampoco cabía plantear esta medida para los prestamistas croatas, que a la luz de esta Ley parecen estar exentos de toda duda sobre la posible inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos de préstamo hasta el 30 de septiembre de 2015. A partir de esta fecha, la nulidad de los contratos de crédito celebrados con un prestamista no autorizado se extendió también a los contratos con prestamistas establecidos en dicho Estado miembro, tras la entrada en vigor de la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada*. De este modo quedan exentos de la nulidad de los contratos de préstamo aquellos prestamistas croatas no autorizados que celebrasen contratos anteriores al 30 de septiembre de 2015. Tal y como se desprende de la interpretación de la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada*, aportada por el Vrhovni sud (Tribunal Supremo), donde resulta que la nulidad de los contratos de crédito al consumo celebrados por un prestamista no autorizado no se aplica, sobre la base de dicha Ley, con carácter retroactivo a las situaciones anteriores a su entrada en vigor.

11. Y, en tercer lugar, se debe analizar las diferencias en la apreciación del concepto de especial protección que requieren los consumidores medios, los consumidores vulnerables y los empresarios a la luz del acervo comunitario -tal y como analizaremos en el presente trabajo-. Así las cosas, la Ley de 14 de julio de 2017 otorga esta especial protección a los consumidores, entendiendo a estos como una globalidad que alcanza hasta los empresarios. De este modo, la citada Ley no busca una especial protección hacia un conjunto de consumidores concretos y especialmente vulnerables, sino que, igual que hace con la nulidad genérica de los contratos objetos del préstamo, también concibe una aplicación general de lo que debería ser aplicado con excepcionalidad extrema debido a las consecuencias jurídicas previstas para estos contratos de préstamos. Quizás hubiera sido aceptada por el Tribunal una medida de nulidad para aquellos contratos de préstamo con prestamista no nacional y no autorizado, siempre que hubiese prueba de abusividad en el contrato y los consumidores afectados se encontrasen en una situación de especial vulnerabilidad como pueden ser ancianos, menores de edad o personas con capacidad de obrar modificada⁴. En esos casos excepcionales el TJUE sí podría haber aceptado las razones de orden público, de seguridad y salud públicas, previstas por el artículo 52 TFUE, como veremos más adelante.

III. Cuestiones planteadas al TJUE

12. En la comentada sentencia se plantean cuatro cuestiones prejudiciales sobre la aplicabilidad de la Ley de 14 de julio de 2017 en relación con el acervo comunitario, centrándose en la conjugación de esta Ley con cuestiones tan importantes como la libre prestación de servicios o la libre circulación de capitales, establecidos en los artículos 56 y 63 del TFUE respectivamente. Así como la oposición del articulado de la Ley de 14 de julio de 2017 modificando la competencia y su prórroga establecidos en el Reglamento 1215/2012. Todo ello, amén de cuestionarse el Tribunal si estamos realmente ante un consumidor en este caso particular a la luz del citado Reglamento. Y finalmente, debido a la pluralidad de objetos procesales existentes en este proceso que dan lugar a diferentes fueros competentes si es posible o no la acumulación de acciones.

⁴ La Unión Europea ya se ha hecho eco de la problemática circundante a la especial vulnerabilidad de determinados sectores de consumidores, prueba de ello es el informe *Consumer vulnerability across key markets in the European Union (Final Report)*, Ed Publications Office of the European Union, enero 2016.

IV. Cuestión prejudicial relativa a la confrontación con el derecho a la libre prestación de servicios y libre circulación de capitales

13. En esta primera cuestión prejudicial, el Tribunal ha tenido que resolver dos excepciones procesales antes de entrar a enjuiciar el fondo del asunto. En primer lugar, una cuestión de competencia que planteó el Gobierno Croata. En ella, se debatía que, si el contrato de préstamo sobre el que el Tribunal enjuicia se firmó y comenzó a producir efectos el 5 de enero de 2007, es decir, antes de la adhesión de Croacia a la Unión Europea -el 1 de julio de 2013-, este Tribunal podría no ser competente para responder a la interpretación del Derecho de la Unión Europea cuando las circunstancias de hecho a las que debe de aplicarse son anteriores a la adhesión de este Estado miembro.

Esta cuestión es desestimada por el TJUE con gran acierto, mencionando el artículo 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, donde las disposiciones de los Tratados originarios, y en particular los artículos 56 TFUE⁵ y 63 TFUE, que se enjuician en esta primera cuestión, ya que vinculan a la República de Croacia desde la fecha de su adhesión y por ello, se aplican a los efectos futuros de una situación nacida antes de la adhesión⁶. Por lo tanto, este Tribunal se entiende competente para enjuiciar esta cuestión debido a que los efectos jurídicos sobre el contrato de préstamo objeto del litigio que se extienden con posterioridad a la referida adhesión.

14. Y, en segundo lugar, el Tribunal ha tenido que resolver, antes de entrar en el fondo del asunto, una pretensión sobre la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial ya que tanto el Gobierno como la demandada planteaban dudas al respecto. Los problemas de admisibilidad de la primera cuestión circundan en torno al momento en el que el Tribunal Municipal de Rijeka, -Croacia- había emitido su cuestión prejudicial. Este Tribunal Municipal había remitido esta cuestión prejudicial antes de determinar el lugar de celebración del contrato, punto esencial para apreciar la aplicabilidad de la Ley de 14 de julio de 2017 o no. Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE⁷ en este tipo de cuestiones de admisibilidad, corresponde en exclusiva al tribunal remitente la elección del momento más oportuno para plantear la cuestión prejudicial y por lo tanto quedan desestimadas las pretensiones de inadmisión de la primera cuestión prejudicial planteada por el Gobierno croata y la parte demandada.

15. Finalmente, el TJUE entra a valorar el fondo de la primera cuestión prejudicial, que en esencia cuestiona si los artículos 56 y 63 del TFUE (sobre libertad de prestación de servicios y de movimiento de capitales, respectivamente) deben interpretarse en el sentido de que la normativa de Croacia en este litigio planteado se opone a los principios citados y recogidos en el TFUE.

16. Con carácter preliminar el Tribunal alude a la necesidad de discernir si la normativa nacional puede afectar al ejercicio de la libre prestación de servicios o a la libre circulación de capitales o a ambas. La *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales* afecta a servicios financieros prestados por establecimientos de crédito solo en los casos en los que su domicilio estatutario esté situado fuera del territorio croata y que además no gozan de las autorizaciones nacionales croatas competentes previstas por el Derecho nacional croata para el ejercicio de estas actividades en su Estado.

17. En el asunto *Vorarlberger Landes-und Hypothekbank*⁸ el TJUE ya había declarado con anterioridad a este asunto que las actividades de concesión de créditos con carácter profesional afectan

⁵ Muy interesante es el estudio realizado para la interpretación jurisprudencial del artículo 56 del TFUE en: EUROPEAN COMMISSION, *Guide to the case law of the european court of justice on articles 56 et seq. TFEU*, 2015, pp. 55-56.

⁶ Por analogía la STJUE de 29 de enero de 2002, *Pokrzeptowicz-Meyer*, C-162/00, EU:C:2002:57, en su apartado 50

⁷ STJUE de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-189/10, EU:C:2010:363, apartado 41, y STJUE de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, EU:C:2015:354, apartado 31.

⁸ STJUE de 22 de noviembre de 2018, *Vorarlberger Landes-und Hypothekbank* C-625/17, EU:C:2018:939, apartado 23 y jurisprudencia citada en la misma.

tanto a la libre prestación de servicios del artículo 56 del TFUE, como a la libre circulación de capitales del artículo 63 del TFUE. Así las cosas, el Tribunal en este caso debía de discernir cuál de ellas predomina sobre la otra.

En este caso, el Tribunal entiende que los efectos restrictivos de la normativa sobre la libre circulación de capitales son solo una consecuencia ineludible de la restricción impuesta respecto a las prestaciones de servicios, ya que la nulidad establecida para todo el contrato de préstamo celebrado en Croacia, por un prestamista no autorizado y cuya sede se encuentre fuera de dicho Estado, afecta de forma frontal con el acceso a las prestaciones de servicios financieros en el mercado croata de los operadores económicos que se encuentren establecidos en otros Estados miembros y que no cumplan con los requisitos de dicha norma, por lo que se concluye que la citada Ley afecta de manera preponderante a la libre prestación de servicios.

Todo ello, además de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia haya establecido en más de una ocasión que la actividad de una entidad de crédito consistente en la concesión de créditos constituye un servicio a efectos de lo dispuesto en el artículo 56 TFUE⁹.

18. Por ello, el Tribunal, entrará a analizar la oposición de la Ley de 14 de julio de 2017 croata al artículo 56 del TFUE sobre la libre prestación de servicios en el marco del mercado común europeo, dejando fuera de la cuestión la libre circulación de capitales del artículo 63 del TFUE.

Así las cosas, la jurisprudencia emitida por el alto Tribunal establece que la libre prestación de servicios exige por un lado, eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en un Estado miembro distinto debido a su nacionalidad, y por otro lado, suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o incluso hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios análogos¹⁰.

19. El Tribunal, advierte también en su sentencia que la legislación croata contiene duplicidad de normas en las que se establece la nulidad de los contratos de crédito celebrados por un prestamista no autorizado -en la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada* y en la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales*-. Sin embargo, el tribunal señala que tal duplicidad no implica identidad en sus contenidos. Por un lado, la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presenta elementos internacionales* -que es la más comentada en esta sentencia- se aplica a todos los contratos de crédito, incluidos los celebrados con fines profesionales, englobando así a todo el tejido empresarial, independientemente del tamaño de estas empresas. Mientras que, por otro lado, la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada* tiene por objeto solamente los contratos celebrados por consumidores, sin embargo, ésta no es punto de discusión dentro de la sentencia ya que no produce efectos retroactivos en la nulidad de los contratos de préstamo.

Así mismo, tal y como comentábamos en el apartado previo, la aplicación retroactiva de la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales*, hizo que desde la adhesión de Croacia a la Unión Europea -el 1 de julio de 2013- hasta la entrada en vigor de la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada* -el 30 de septiembre de 2015-, la citada nulidad fue válida únicamente para los contratos de crédito celebrados por los prestamistas no autorizados que tuviesen su domicilio fuera de Croacia, todo ello en virtud de la interpretación dada por el Vrhovni sud (Tribunal Supremo) sobre la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada*.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que la legislación croata discrimina directamente y produce una restricción al ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestamistas comunitarios establecidos fuera de Croacia hasta el 30 de septiembre de 2015, fecha a partir de la cual la nulidad de los contratos de crédito celebrados con un prestamista no autorizado se extendió también a los contratos con prestamistas establecidos en dicho Estado miembro.

⁹ Prueba de ello es la STJUE de 12 de julio de 2012, *SC Volksbank România*, C-602/10, EU:C:2012:443, apartado 72 y jurisprudencia citada en la misma

¹⁰ Para ello, el Tribunal se apoya en la STJUE el 18 de julio de 2013, *Citroën Belux*, C-265/12, EU:C:2013:498, apartado 35 y en la jurisprudencia citada en la misma.

Así las cosas, el Tribunal concibe que la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales* supedita el acceso al mercado de los servicios financieros croatas, a la obtención de una autorización expedida por el Banco Central de Croacia a los prestamistas que tengan su sede fuera de Croacia, haciendo así menos atractivo el acceso a ese mercado, además de la falta de exigencia de esta autorización del Banco Central de Croacia al momento de la firma del contrato de préstamo objeto del debate. Así las cosas, el TJUE establece como consecuencia de todo ello la infracción de la libertad garantizada por el artículo 56 TFUE.

20. Sin embargo, el Gobierno croata en un último intento de seguir defendiendo su legislación intentó justificar la excepción legal prevista por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Así las cosas, al amparo del artículo 52 TFUE se podrían contemplar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros por las razones aludidas por el Gobierno croata¹¹. El Tribunal en este caso no solo se plantea si existen tales razones sino también si la citada Ley responde a razones imperiosas de interés general, e incluso si es adecuada y proporcional para garantizar la realización del objetivo perseguido. Así mismo, para su apreciación, el Tribunal señala que es necesario exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad en consonancia con la jurisprudencia previamente marcada por el asunto C-546/07¹². Y a pesar de que el Gobierno croata argumenta, como se ha comentado *supra*, que la finalidad de la normativa era preservar el orden público, la reputación y el buen funcionamiento del sector financiero, así como la protección de la parte contractual más débil y, en particular, los derechos de los consumidores, (incluyendo en el concepto de consumidores también a los empresarios). El Tribunal considera que el Gobierno no ha alegado ningún dato convincente que pueda hacerle apreciar una afectación del orden público, ya que para ello se necesita que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Amén de que al amparo del artículo 52 TFUE¹³ las consideraciones de naturaleza económica no pueden justificar una excepción de tal calado, citándose por analogía, el asunto C-546/07 mencionado *supra*¹⁴.

21. Posteriormente el Tribunal procede a analizar si las restricciones que implica el régimen de nulidad de los contratos de préstamo para todos los prestamistas no autorizados con independencia de su nacionalidad desde el 30 de septiembre de 2015 en adelante, podrían ser justificadas por darse razones imperiosas de interés general. Sobre estas líneas de especial protección se ha pronunciado en multitud de ocasiones y la jurisprudencia del TJUE y las ha apreciado siempre bajo el criterio estricto del principio de proporcionalidad de la medida, como por ejemplo para normas profesionales destinadas a proteger a los destinatarios del servicio¹⁵, la buena reputación del sector financiero¹⁶, o las orientadas a la protección de los consumidores¹⁷.

Sin embargo, el Tribunal deja de analizar este punto debido a que el Gobierno peca nuevamente de no aportar ni las pruebas adecuadas, ni un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada y ni siquiera datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación. Por ello, el Tribunal de Justicia resuelve incidiendo en la dejadez del Gobierno croata que debería haber proporcionado al órgano jurisdiccional todos los datos que le permitiesen comprobar que dicha medida de nulidad cumple las exigencias del principio de proporcionalidad.

Así las cosas, el Tribunal declara que la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales* excede manifiestamente los límites de lo necesario para alcanzar los objetivos

¹¹ Como son las STJUE de 9 de septiembre de 2010, *Engelmann*, C-64/08, EU:C:2010:506, apartado 34; STJUE de 22 de octubre de 2014, *Blanco y Fabretti*, C-344/13 y C-367/13, EU:C:2014:2311, apartado 38, y STJUE de 28 de enero de 2016, *Laezza*, C-375/14, EU:C:2016:60, apartado 26.

¹² STJUE de 21 de enero de 2010, *Comisión/Alemania*, C-546/07 EU:C:2010:25, apartado 49 jurisprudencia citada en la misma.

¹³ EUROPEAN COMMISSION, *Guide to the case law of the european court of justice on articles 56 et seq. TFEU*, 2015, pp. 41 y 42.

¹⁴ STJUE de 21 de enero de 2010, *Comisión/Alemania*, C-546/07 EU:C:2010:25, apartado 50.

¹⁵ A través de la STJUE de 25 de julio de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* C-288/89, EU:C:1991:323, apartado 14.

¹⁶ A través de la STJUE de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments* C-384/93, EU:C:1995:126, apartado 44.

¹⁷ A través de la STJUE de 18 de julio de 2013, *Citroën Belux* C-265/12, EU:C:2013:498, apartado 38.

que persigue, en la medida en que, mediante una norma retroactiva, general y automática declara nulos de pleno derecho todos los contratos de crédito que presentan elementos internacionales celebrados con prestamistas no autorizados, a excepción de aquellos que hayan sido íntegramente ejecutados.

Así mismo, el Tribunal se hace eco de las alegaciones realizadas por la Comisión Europea donde se establece que podrían haberse adoptado otras medidas menos lesivas y gravosas para la libre prestación de servicios, que permitieran un control de la legalidad de los contratos de crédito y la protección de la parte más débil.

En definitiva, podrían haberse planteado normas que facultasen a las autoridades competentes a intervenir, sobre la base de una notificación o de oficio, en caso de prácticas comerciales desleales o de que se vulnerasen los derechos de los consumidores y no hacerlo de forma automática y generalizada.

22. Por todo ello, el Tribunal entiende que en este caso el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal en la que se establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de crédito y de los actos jurídicos basados en tales contratos, celebrados en el territorio de dicho Estado miembro entre deudores nacionales y prestamistas establecidos en otro Estado miembro, que no cuenten con una autorización expedida por las autoridades competentes del primer Estado miembro, para desarrollar su actividad en el territorio de este, desde el día de su celebración, aun cuando se hayan celebrado antes de la entrada en vigor de la citada normativa.

En esta misma línea se pronunció el Abogado General, el Sr. Evgeni Tanchev en sus conclusiones y no se pronunció sobre ninguna cuestión más de las planteadas por el juez croata.

V. Cuestiones prejudiciales relativas al ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012

23. Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal nuevamente ha tenido que resolver una pretensión de inadmisibilidad de la pregunta segunda y tercera en torno a la aplicabilidad en el objeto del litigio del Reglamento 1215/2012 y al momento procesal del planteamiento de estas cuestiones. El TJUE inadmite nuevamente la pretensión de inadmisibilidad, reiterando que el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión. Así las cosas, según reiterada jurisprudencia, el momento de plantear las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión por el juez nacional en el contexto de hecho y normativo queda bajo su estricta responsabilidad. Y, por lo tanto, la idoneidad del momento en el que se plantea la cuestión no corresponde verificarlo al Tribunal de Justicia, debido a que estas cuestiones gozan de una presunción de pertinencia, concluyendo de esta manera el Tribunal en la admisibilidad de las cuestiones segunda y tercera.

1. La afectación de la competencia legalmente establecida

24. La Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales regula los litigios relativos a los contratos de crédito con elementos internacionales, entrando así de pleno dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento. La citada Ley en su artículo 8.1 y 8.2 confiere a los deudores el derecho a la libre elección del fuero judicial, dejándole elegir entre interponer un recurso contra los prestamistas no autorizados ante los tribunales del Estado en cuyo territorio tienen su sede esos prestamistas, o bien hacerlo ante los tribunales del lugar en el que tengan su domicilio o sede estos los deudores.

Además, la legislación croata va más allá y reserva la competencia para conocer de los recursos de los referidos prestamistas contra sus deudores nacionales de forma exclusiva y excluyente a los tribunales del Estado en el que dichos deudores tienen su domicilio, es decir, Croacia. Todo ello además de establecer esta prerrogativa de extensión del fuero de la competencia a todos los deudores sin excepción, es decir, sin diferenciar si estos son consumidores o profesionales.

25. Así las cosas, el Tribunal de Justicia procede a constatar que este precepto se aparta de la regla general de competencia fijada en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, es decir, la del domicilio del demandado¹⁸. Esto, en la medida en que extiende a todos los deudores el ámbito de aplicación de las reglas de competencia más protectoras y especiales establecidas en el citado Reglamento, donde sólo con carácter excepcional, de manera taxativa y enumerada, la acción judicial contra el demandado puede o debe entablarse ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, como es por ejemplo el artículo 18, apartado 1 de ese Reglamento únicamente en favor de los consumidores, entendiendo a estos como personas físicas que actúen bajo un interés no profesional como desgranaremos en el siguiente epígrafe. En definitiva, el Tribunal viene a establecer que dicho precepto contraviene el sistema establecido por el referido Reglamento, y más concretamente su artículo 4. Así mismo, el Tribunal no pone en duda que la actividad financiera como materia sustantiva pueda ser objeto de derecho del consumidor como lo ha hecho en reiteradas ocasiones de manera previa a este asunto¹⁹.

26. Por otro lado, el Tribunal también es preguntado por la conjugación de esta normativa con el artículo 25 del Reglamento n° 1215/2012 donde se reconoce en determinadas condiciones, la legitimidad de los acuerdos atributivos de competencia celebrados por las partes, para así determinar los tribunales competentes de un Estado miembro para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica²⁰.

Si bien es cierto que, aunque el Tribunal no pone ninguna traba en cuanto a esta extensión de la competencia a los consumidores a la luz de los artículos 17 a 19 del citado Reglamento donde se establece la competencia especial en materia de contratos celebrados por los consumidores. Sin embargo, de conformidad con el artículo 25, apartado 4, del Reglamento, una cláusula atributiva de competencia solo puede aplicarse a tal contrato en la medida en que no sea contraria a lo dispuesto en el artículo 19 del mismo Reglamento. Y por ello, el Tribunal de Justicia encomienda al Tribunal croata remitente de la cuestión la comprobación de que las reglas de competencia que establece el Reglamento se aplican a pesar de que se hayan pactado libremente acuerdos atributivos de competencia y por lo tanto que respondan a las exigencias planteadas por el artículo 25 del Reglamento n° 1215/2012. No obstante, el Tribunal declara finalmente que la Ley objeto de la cuestión contraviene el artículo 25 del citado Reglamento de acuerdo con lo determinado por la doctrina²¹.

2. Análisis del concepto de consumidor

27. La tercera cuestión planteada ante el TJUE en el presente asunto es la concepción como consumidor a la persona que haya celebrado un contrato de crédito a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble que es su domicilio con el fin, en particular, de prestar en este servicio de alojamiento turístico a la luz del artículo 17 del Reglamento 1215/2012²². En definitiva, lo que se apela es al concepto

¹⁸ M.L. LORENZO GUILLÉN, “Competencia”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 132-133.

¹⁹ Ejemplo de ello son la STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, de donde se desprende que el artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 no restringe la protección de los consumidores en materia de instrumentos financieros y de inversión.

²⁰ Ver un estudio en profundidad sobre la determinación del Derecho aplicable en: F. ESTEBAN DE LA ROSA, “La determinación del Derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, volumen 25, 2017, pp. 7-8.

²¹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Prórroga de la competencia”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 547-550.

²² Estudio de la doctrina con más profundidad en: A. ARROYO APARICIO, “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 440-446.

de los contratos de doble finalidad, donde un mismo contrato, con un único firmante está destinado, por una parte, a un uso particular y por lo tanto actúa como consumidor, y otra parte, ese contrato también está destinado a un uso empresarial y donde el mismo firmante se convierte a la vez empresario²³.

28. A la luz de esta situación el Tribunal, apoyado en la jurisprudencia establece que la interpretación del artículo 17²⁴ debe ser autónoma, uniforme y restrictiva en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado, con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. Así las cosas, la especial protección del consumidor como parte considerada más débil no se justifica en casos de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional, a pesar de que esta actividad se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional²⁵. De modo que, aunque en el presente pueda estar actuando fuera de su ámbito de actividad con un contrato de adhesión y si sea considerado consumidor a la luz del TJUE²⁶, esa futura actividad profesional por la que se realiza esta contratación produce la pérdida de esa condición²⁷.

29. En cuanto a la doble finalidad del contrato préstamo que se pone de manifiesto en la sentencia, el Tribunal establece que solo podría dejar de considerarse el aspecto empresarial o profesional de la finalidad del presente contrato en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional de esa persona fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente²⁸. Este criterio de la actividad predominante sobre la actividad minoritaria ya ha sido objeto ratificación por parte de nuestro Tribunal Supremo en España, apoyando la misma línea seguida en esta sentencia²⁹.

En este mismo sentido, sería acertado pensar, en el presente caso que, si no se hubiesen tenido que realizar estas obras con la finalidad empresarial del arrendamiento de apartamentos turísticos, es posible que no hubiese sido necesario realizar las obras en el domicilio de la deudora y por ende tampoco habría sido necesario el préstamo.

30. Finalmente, el Tribunal de Justicia, nuevamente encomienda al Tribunal croata remitente que examine si la Sra. Milivojević celebró el contrato de crédito a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble en el que tiene su domicilio, con el fin, en particular, de prestar en él servicios de alojamiento turístico, y siendo así no podría calificarse como consumidora, en el sentido de esta disposición. Salvo que, dado el contexto de la operación, considerada en su conjunto, para la que se celebró dicho contrato, este tenga un vínculo tan tenue con esa actividad profesional que resulte evidente que el referido contrato persigue esencialmente fines privados.

²³ Esta cuestión de los contratos mixtos o de doble finalidad tampoco ha sido abordada por la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL). Ver más en: O. OLARIU y F. ESTEBAN DE LA ROSA, "La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo", *InDret*, 1/2013, pp. 14 y 15.

²⁴ STJUE 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 28.

²⁵ La STS 230/2019 de 11 abril 230/2019 (RJ 2019\1364) nos da una clase magistral sobre la condición de consumidor a la luz de la legislación comunitaria y nacional y su interpretación jurisprudencial.

²⁶ STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA*, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538.

²⁷ En esta misma línea se ha seguido manteniendo el TJUE en el posterior pronunciamiento en la reciente STJUE de 3 de octubre de 2019, *J.P. contra FIBO Group Holdings Limited*, C-208/18, ECLI:EU:C:2019:123, en concreto en su párrafo 43.

²⁸ Todo ello en virtud de la jurisprudencia previa establecida por el TJUE como la sentencia de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartados 28, 29, 30 y 32 y jurisprudencia citada en la misma o la sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C-269/95, EU:C:1997:337, en su apartado 17.

²⁹ STS 224/2017, de 05 de abril de 2017, comentario de la sentencia disponible en: https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1173996&, visitado el día 13 de diciembre de 2019.

3. Interpretación del préstamo y su escritura como derecho real inmobiliario

31. La deudora demandante en su demanda solicita un triple petitum, por un lado, la ya comentada declaración de la nulidad de un contrato de crédito, por otro lado, nulidad de la escritura notarial de constitución de una hipoteca suscrita como garantía del crédito que surge de este contrato de préstamo, y por último la cancelación de la inscripción del Registro de la Propiedad de la hipoteca que grava un inmueble.

32. Resueltas las cuestiones respecto a la aplicabilidad del fuero general en detrimento de la aplicación del fuero especial al no poder ser considerada a priori la demandante como consumidora a la luz del artículo 17 del Reglamento 1215/2012. Como última cuestión, el juez remitente cuestiona la aplicabilidad de un fuero exclusivo recogido en el apartado 1 del artículo 24 del citado Reglamento. En este apartado se establece que los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito serán competentes de manera exclusiva y excluyente para conocer de las acciones en materia de derechos reales inmobiliarios, sin consideración del domicilio de las partes.

33. En esta cuestión nuevamente el Tribunal de Justicia nos apunta que la reiterada jurisprudencia establece que la interpretación de la expresión “*en materia de derechos reales inmobiliarios*” debe interpretarse de manera autónoma, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros y por tanto no debe interpretarse en un sentido más amplio de lo que requiere su finalidad, ya que como consecuencia priva a las partes de la posibilidad de elegir un fuero que, en otro caso, sería el suyo y, en algunos casos, someterlas a un órgano jurisdiccional que no es el del domicilio de ninguna de las partes.

34. Así las cosas, el Tribunal de Justicia apoyándose en el caso Schmidt, -ya citado en varias ocasiones en el presente trabajo- donde se planteaba también una acción para la anulación de un acto de donación de un inmueble y la cancelación en el registro de la propiedad de la inscripción de un derecho de propiedad³⁰, ha recordado que la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante en el que esté situado el inmueble no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino únicamente aquellas que, al mismo tiempo, pertenezcan al ámbito de aplicación de dicho Reglamento y estén destinadas, por una parte, 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 y, por otra, a garantizar a los titulares de esos derechos, la protección de las facultades inherentes a sus títulos, y en esa línea ha continuado pronunciándose el alto Tribunal meses más tarde de la sentencia objeto de comentario, por lo que se confirma esta línea jurisprudencial³¹.

Además, siguiendo la jurisprudencia citada supra el Tribunal de Justicia repasa la importante diferencia existente entre un derecho real donde al gravar un bien corporal, surte sus efectos *erga omnes*, y un derecho personal que únicamente puede invocarse contra el deudor.

Por ello, en el presente caso el Tribunal de Justicia establece que tanto el contrato de préstamo como su escritura notarial de constitución de una hipoteca se basan en un derecho personal que solo puede invocarse contra el demandado y no frente a todos, y en consecuencia el TJUE establece que estas pretensiones no entran en el ámbito de aplicación de la regla exclusiva de competencia incluida en el artículo 24, punto 1, del Reglamento.

35. Sin embargo, la tercera y última pretensión requerida por la demandante para que se cancele la inscripción de una hipoteca en el Registro de la Propiedad si es considerada un derecho real. Así las cosas, procede observar 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, es un derecho real que produce efectos *erga omnes*. Esta situación hace que la cancelación de la hipoteca corresponda a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro donde se halla el inmueble, es decir, Croacia.

³⁰ Como la STJUE de 16 de noviembre de 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881, apartados 29, 30, 31, 41 y jurisprudencia citada en la misma.

³¹ STJUE de 10 de julio de 2019, *Norbert Reitbauer y otros contra Enrico Casamassima*, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:577.

36. Todo ello da como resultado que será este fuero exclusivo, del Tribunal donde se encuentre el bien inmueble del que se pretende cancelar la hipoteca del Registro de la Propiedad, el que absorba la resolución de los anteriores *petitum* debido a la intensa conexión entre los objetos del proceso e identidad subjetiva de los actores. En virtud del artículo 8, apartado 4, del Reglamento 1215/2012³², que permite la acumulación de una acción real relativa a un bien inmueble y otra de naturaleza contractual ante los tribunales del Estado de situación del inmueble relacionado este artículo con los mencionados 24.1 y 71 del citado Reglamento. Así las cosas, se permite conocer las demandas por las que se solicita la declaración de nulidad del contrato de crédito y de la escritura notarial de constitución de dicha hipoteca, en la medida en que esas demandas se dirijan contra el mismo demandado y puedan acumularse, como resulta de los documentos que obran en los autos del Tribunal de Justicia.

37. Así las cosas, el Tribunal de Justicia entiende que esta cuestión constituye una acción en materia de derechos reales inmobiliarios, debido a la petición por la que se solicita que se cancele del Registro de la Propiedad una hipoteca que grava un inmueble, pero que no está comprendido en el ámbito de este concepto de derechos reales la nulidad de un contrato de crédito y de una escritura notarial de constitución de una hipoteca suscrita en garantía del crédito nacido de ese contrato.

En definitiva, nos hemos encontrado con una sentencia ratificadora de las líneas jurisprudenciales ya emitidas por el TJUE. Debido a la inquisitiva formulación de la normativa croata planteada, a nuestro juicio al Tribunal le ha quedado muy poco margen de movimiento interpretativo, ya que han sido cuestiones básicas, que chocaban con principios básicos, bien conocidos y reconocidos por todos los operadores del Derecho europeo, por ello, el resultado de esta sentencia puede resultar conservadora.

Si bien es cierto, debemos ponernos en el lugar de Croacia, cuya pertenencia a la Unión Europea es de tan solo seis años de antigüedad por lo que se han tenido que adaptar a un acervo comunitario complejo, con abundancia de normativas y poco flexible en muy poco tiempo. Por ello, el resultado de esta Sentencia forma parte del proceso de adaptación y armonización del ordenamiento jurídico Croata al escenario comunitario.

³² Ver más en: I. HEREDIA CERVANTES, “Artículo 8.4”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp 327-328.