

¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?

Towards an European Real Estate Registration Law?

por

FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO
Registrador de la Propiedad, Notario

RESUMEN: Si bien se ha afirmado que la materia inmobiliaria está excluida de los Tratados que rigen la Unión Europea, es lícito preguntarse si es posible una armonización que sin violentar el derecho material interno de los Estados procure una mayor uniformidad en el tratamiento de la publicidad de los derechos que recaen sobre inmuebles. El desarrollo de esta idea, que no es nueva, se contempla desde el punto de vista competencial de la Unión, desde el punto de vista académico y desde la perspectiva de los antecedentes legislativos para concluir que no solo es posible llevar a cabo una armonización sino que sería altamente conveniente.

ABSTRACT: *Although it has been asserted that property matters are not covered by the treaties governing the European Union, it is still valid to raise the question of whether it might be possible to institute some sort of harmonization for greater uniformity in the way Member States handle the disclosure of rights in immovable property without warping Member States' domestic substantive law. The implementation of this idea, which is not new, is examined from the standpoint of EU competences, the academic standpoint and the standpoint of legislative antecedents. The conclusion is that such a harmonization is not only possible, but highly advisable.*

PALABRAS CLAVE: Inmuebles. Competencias de la Unión Europea. Mercado interior y protección de los consumidores. Armonización del contenido y publicidad de los Registros de la Propiedad.

KEY WORDS: *Property, European Union competences, internal market and consumer protection. Harmonization of the contents and disclosure rules of property registration systems.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL.—III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—IV. EL IMPULSO ACADÉMICO, LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA EUROPEA.—V. LA ACTUACIÓN EN SEDE DE REGISTRO MERCANTIL.—VI. EL IMPULSO POLÍTICO DE LA COMISIÓN.—VII. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA UNIÓN.—VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES; APROXIMACIÓN AL ÁMBITO POSIBLE DE ARMONIZACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

El título de este trabajo hace referencia a una cuestión que puede resultar gratuita o puramente académica en cuanto que la materia relativa al Derecho Inmobiliario y, más concretamente, al Derecho Inmobiliario Registral parece estar claramente al margen del proceso de construcción del Derecho Patrimonial europeo. Esta afirmación, que constituye un lugar común, se basa en tres grupos de razones que parecen avalarla: en primer lugar las limitaciones competenciales del Tratado de la Unión excluyen del ámbito de actuación de los órganos comunitarios la materia relativa al dominio y a los demás derechos reales; en segundo lugar, el Derecho europeo se ha ido desarrollando respetando dicha limitación porque no existe una voluntad política de cambio al respecto; finalmente, parece existir cierto consenso académico de que las cuestiones relativas a los bienes inmuebles deben quedar fuera del ámbito de actuación de las instituciones europeas.

Es muy conocida la previsión explícita al respecto en el artículo 345 del Texto consolidado del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de contenido idéntico a la inicial del Tratado de Roma de 1950: «Los tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros». El texto, de dicción no muy feliz, parece implicar un reconocimiento expreso de que la materia está exceptuada de la competencia de la Unión lo que reviste toda la importancia, habida cuenta de que carece de todas aquellas que no le hayan sido objeto de atribución por los Estados miembros (arts. 4 y

5 del Tratado de la Unión). Este precepto zanjaría la cuestión, pues si la Unión carece de competencia en materia de propiedad (dominio y derechos reales) no puede emprender acción al respecto como nada puede emprender en materia de Registros de la Propiedad, ya que entran de lleno en la regulación que cada Estado hace de la definición, contenido, alcance y efectos de tales derechos.

Por otro lado, la actuación comunitaria en ejercicio de las competencias en materia de libertad, seguridad y justicia ejercidas con la finalidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación son respetuosas con esta limitación del Tratado y dejan expresamente fuera de su ámbito las cuestiones relativas a la regulación del dominio y demás derechos reales, así como de los Registros de la Propiedad. Cuando se hace referencia al Registro de la Propiedad es precisamente para afirmar el principio de *lex rei sitae* y siempre en sede de conflicto de leyes o conflicto de jurisdicción. El Reglamento 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, atribuye en su artículo 22 a los Tribunales nacionales del lugar donde estén sitios, competencia exclusiva en los litigios relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. De igual modo, el artículo 4 del Reglamento número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) al señalar la *lex rei sitae* como criterio subsidiario para el caso de que las partes no hayan sujetado el contrato a otra Ley debe leerse al amparo de lo que dispone el posterior artículo 12, que determina el ámbito de aplicación de la ley aplicable entre el que no se encuentra la regulación material del dominio o derecho real inmobiliario. Sin ánimo de agotar la cuestión, también son de interés los artículos 5, 8, 11 y 14 del Reglamento 1346/2000 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia. Consecuentemente la normativa comunitaria en materia de conflictos de ley o de jurisdicción tiene buen cuidado en preservar la competencia de los Estados miembros en lo que al derecho material se refiere, especialmente en sede de bienes inmuebles.

Finalmente, la doctrina confirma esta línea de actuación en la medida que tiende a considerar todas estas cuestiones como materia estrictamente nacional, lo que se justifica en la tradición común de los pueblos y Estados de Europa especialmente en materia inmobiliaria por aplicación de un principio, *lex rei sitae*, que tiene más de dos mil años de antigüedad¹.

El conjunto de razones que avalan la postura tradicional de que no existe un espacio para un Derecho Patrimonial europeo de cosas producen con carácter inmediato una sensación de incomodidad. Este planteamiento, contemplado de forma tan plana, choca frontalmente con la realidad de las cosas, pues la construcción continua de un Derecho europeo difícilmente puede comprenderse dejando fuera un aspecto tan radicalmente importante. Pero aún prescindiendo de este factor dogmático, es igualmente difícil aceptar que la construcción de un mercado interior, que constituye una de las principa-

les razones de ser de la Unión, se pueda lograr dejando fuera una parte tan significativa del mismo.

¿Cómo conciliar ambas visiones? ¿Existe o no posibilidad de que exista una intervención europea en la legislación civil relativa a los bienes inmuebles e incluso a los sistemas de Registro? ¿O solo en esta? Si así fuera, ¿es conveniente, es necesaria? ¿en qué medida y con qué fines? Estos son solo algunos de los innumerables interrogantes que se abren ante nosotros al contemplar la materia y ponerla en contacto con la gigantesca tarea de la construcción de un mercado interior. Trataremos de dar una respuesta enmarcada en la legislación europea, en las actuaciones llevadas a cabo por las instituciones y en la opinión de la doctrina europea para finalizar con unas conclusiones que nos permitan comprender, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, el proceso de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el marco de un mercado interior europeo. Para llegar a este punto es preciso que revisemos las afirmaciones que constituyen el núcleo de la argumentación que sostiene que no existe ni competencia, ni actividad comunitaria ni apoyo académico para la creación de un Derecho Patrimonial europeo, con especial énfasis en el aspecto inmobiliario y dentro del mismo en lo relativo al Registro de la Propiedad.

II. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL

Es desde luego el problema esencial, pues si el artículo 345 debe entenderse necesariamente como una exclusión explícita del ámbito competencial de la Unión huelga todo lo demás. Ocurre sin embargo que existen poderosas razones para interpretar el precepto de una forma que no solamente excluye sino que confirma la competencia de la Unión para legislar en materia patrimonial civil y específicamente en materia de Derecho de cosas. Ha sido la doctrina por un lado y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea los que nos proporcionan las claves para realizar estas afirmaciones.

La exhaustiva y reciente investigación llevada a cabo por Bram AKKERMANS y Eveline RAMAEKERS² sobre la génesis del precepto (que se remonta a la declaración de SCHUMAN en 1950) y la interpretación que del mismo ha hecho la propia Comisión y el Tribunal de Justicia pone de manifiesto que la afirmación expuesta en la introducción no puede mantenerse. A juicio de dichos autores no existe base para afirmar que la existencia del precepto pueda considerarse como un obstáculo para la formulación de un Derecho Patrimonial europeo.

Pero antes de llegar a tal formulación debemos analizar las conclusiones a las que llegan para poder determinar en qué medida afectan al objeto de este trabajo y vislumbrar así el camino que pueda ser recorrido.

La primera conclusión que formulan es que el origen del precepto (cuya redacción no ha sido objeto de modificación desde el Tratado Constitutivo de

la Comunidad Económica Europea) obedeció a la necesidad de plasmar la idea de que la existencia del Tratado era irrelevante en aquellos procedimientos de nacionalización de empresas que pudieran acometer los Estados miembros y no tenía otra finalidad que garantizar que podrían llevar a cabo ese cometido sin interferencia de la Ley comunitaria (de hecho la versión del borrador del Tratado de Roma contenía, en la dicción del artículo, una referencia expresa a «las empresas», que desapareció en la versión definitiva). Al decir de los autores, el estudio del origen del precepto lleva a la conclusión de que el mismo fue formulado para consagrar el principio de neutralidad, en el sentido de que es irrelevante si un determinado servicio es prestado por una empresa pública o privada, por lo que la Comunidad no interfiere en dicha cuestión.

La segunda conclusión, corolario de la anterior, es que se trata de un precepto no competencial, puramente aclaratorio y que por ello se encuentra situado entre las disposiciones generales y finales. Lo cierto sin embargo, como continúan expresando los autores, es que tanto las instituciones europeas como los Estados miembros no siempre lo han entendido así, quizá porque de la simple lectura del precepto no se deduce con la debida claridad³. Y así en no pocas ocasiones las instituciones han apelado la aplicación del artículo 345 para declarar su falta de competencia para inmiscuirse en la regulación que un determinado Estado había llevado a cabo de un o de unos derechos reales determinados. De igual modo, y a la inversa, los Estados miembros han apelado a la aplicación del artículo para rechazar toda competencia de la Unión en la regulación interna del dominio o derechos reales y rechazar toda actuación europea al respecto.

La tercera conclusión, y la más importante, es que solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha comprendido el auténtico sentido del precepto que no es otro que afirmar efectivamente el principio de neutralidad pero sin negar competencia a la Unión en la consecución de sus objetivos; o lo que es lo mismo, el principio de neutralidad no impide que la Unión ejercite sus competencias en el ámbito del mercado interior.

Al hacerlo así el Tribunal de Justicia no aplica una opinión exclusiva para la cuestión del dominio y demás derechos reales sino que es doctrina del alto Tribunal que en todas las cuestiones en las que no tiene competencia la Unión por pertenecer a los Estados miembros, el ejercicio de esta ni empece la actuación de la Unión para el ejercicio de las suyas propias ni significa que los Estados miembros puedan ejercitarlas sin atender a las que son titularidad de la Unión. Así por ejemplo, en materia fiscal, el Tribunal reconoce que es competencia de los Estados miembros pero al mismo tiempo afirma que su ejercicio por estos debe hacerse de acuerdo al Derecho de la Unión y en consecuencia cualquier norma interna que viole los principios configuradores del mercado interior implica una violación de los Tratados (por ejemplo, de la libertad de establecimiento, sentencia de 20 de enero de 2011, C-155/09).

Del mismo modo, en materia de propiedad, el Alto Tribunal, sin llegar a reconocer explícitamente la competencia exclusiva de los Estados miembros, tiene declarado que: en primer lugar, que el artículo 295 del TCE (actual 345 TU) no justifica en ningún caso la violación de los principios básicos de la Unión (la libertad de establecimiento en el caso de la sentencia de 18 de julio de 2007, C-503/04; la libertad de circulación de capitales en la sentencia de 13 de mayo de 2003, C463/00) y, en segundo lugar y como corolario, que el régimen de propiedad interno de un Estado miembro no puede ser alegado para justificar una violación de los Tratados.

Merece la pena que nos detengamos en la sentencia de 26 de junio de 2007, del Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA en sus siglas inglesas). Como es sabido, el acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo implica que los países de la Asociación Europea de Libre Comercio participan del Mercado interior de la Unión Europea, aplicándose las cuatro libertades esenciales. El artículo 125 del acuerdo tiene un contenido idéntico al artículo 345 del TFUE y por ello lo traemos aquí⁴. La sentencia, cuya lectura es de sumo interés, pues contiene todas las posibles interpretaciones del artículo 125 del acuerdo y por tanto del artículo 345 del TFUE, nos proporciona asimismo un material inestimable para el objetivo de este trabajo⁵.

El supuesto de hecho es el siguiente: Determinada Ley noruega (Industrial Licensing Act) prevé la atribución por tiempo ilimitado de concesiones de producción de energía hidroeléctrica a sociedades públicas noruegas; además prevé la concesión, pero por tiempo limitado, a cuyo término se produce reversión a favor del Estado noruego, en favor de particulares y empresas públicas de otros Estados. La autoridad de vigilancia del Tratado plantea la cuestión por entender que existe una violación de la libertad de establecimiento al establecer condiciones distintas para las sociedades públicas noruegas que para el resto de concesionarios. De la sentencia que comentamos transcribimos dos párrafos a continuación:

Parágrafo 62: «Se sigue de la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia sobre el artículo 295 del TUE que el artículo 125 del Tratado EEE debe ser interpretado de forma que, aunque el régimen de propiedad es una cuestión a decidir por cada estado miembro, dicha disposición no tiene el efecto de exceptuar las medidas que lo establezcan, de las reglas fundamentales del TEEE, incluidas las reglas sobre libre movimiento de capital y libertad de establecimiento».

Parágrafo 72: «El Tribunal considera que el artículo 125 del TEEE debe interpretarse en el sentido de que el derecho de un estado miembro a decidir si los recursos hidráulicos e instalaciones anexas deben estar en manos públicas o privadas no está, como tal, afectado por el TEEE. El corolario es que Noruega puede legítimamente perseguir el objetivo de establecer un sistema de titularidad

pública sobre estos derechos siempre que el objetivo sea perseguido de forma no discriminatoria y proporcional».

La sentencia se produce, por tanto, en un ámbito que, curiosamente, es en el que, al decir de AKKERMANS y RAMAEKERS, se formalizó el precepto: el del principio de neutralidad para la Unión respecto a la titularidad pública o privada de las empresas que participan del espacio en el que se desarrolla el mercado único. El mérito de la sentencia es que no se detiene en este primer e importante aspecto sino que, siguiendo la estela del Tribunal de Justicia de la Unión, profundiza en la interpretación del artículo rechazando que excluya todo ámbito competencial para terminar afirmando que pese al principio de neutralidad son de plena aplicación las normas sobre libertad de movimiento de capitales y establecimiento.

A la luz de esta doctrina podemos llegar a algunas conclusiones:

- 1.º Con independencia de cuál fuera la intencionalidad original del precepto, la interpretación jurisprudencial del mismo parte de la base de que la competencia sobre el régimen de propiedad pertenece a los Estados miembros. No existe, por tanto, atribución a favor de la Unión para actuar en materia de regulación sustantiva del dominio y demás derechos reales.
- 2.º Sin perjuicio de lo anterior, la competencia de la Unión para el desarrollo del mercado único condiciona el ejercicio por parte de los Estados miembros de su competencia para la regulación del régimen de propiedad.
- 3.º La tangencialidad de competencias entre la Unión y los Estados miembros obliga a analizar en qué medida las competencias de la Unión pueden afectar a la de los Estados miembros.
- 4.º Es preciso, igualmente, analizar en qué medida dispone la Unión de competencias que, sin afectar a las de los Estados miembros, le permitan actuar en un campo que sin ser propiamente el de los regímenes de propiedad tiene mucho que ver con el mismo, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Si parece demostrada la ausencia de competencia de la Unión en lo que concierne al régimen de propiedad es forzoso que nos preguntemos qué ocurre cuando desplazamos la cuestión hacia el Registro, hacia el Derecho Inmobiliario Registral, como ha gustado en llamarlo la doctrina más moderna. Efectivamente

si una cosa es el Derecho de cosas y otra el Derecho que regula la institución del Registro, ¿hasta qué punto podemos entender que las limitaciones competenciales de la Unión con respecto al primero son extensibles al segundo? Es nuevamente una cuestión trascendental, pues en la medida que entendamos que no nos referimos a la misma materia sustantiva, la cuestión competencial da un giro radical y podemos pasar de afirmar la limitada competencia de la Unión derivada del artículo 345 del TFUE a afirmar una competencia más que suficiente de la mano del artículo 42.2.f) y 114.3, relativos a la protección de los consumidores.

Esta es la tesis que mantuvo en su día PAU PEDRÓN⁶ y que resulta muy atractiva, pues distinguiendo debidamente lo que es Derecho Patrimonial Sustantivo, en cuanto regulador del dominio y demás derechos reales, del Derecho Registral Inmobiliario, como conjunto de normas que regulan la forma de ordenar y publicar aquellos mediante la institución del Registro de la Propiedad, podemos llegar a la conclusión de que el debate sobre la cuestión competencial es aplicable o predicable respecto al primero pero difícilmente respecto al segundo.

A juicio de PAU existe base suficiente para que la Unión, en base a sus competencias en materia de mercado interior y de protección de los consumidores, pueda actuar en sede de Registros Inmobiliarios. El autor basa su argumentación en cuatro puntos esenciales: Las normas reguladoras del Registro son normas de protección de los consumidores; la primera Directiva (68/151) en materia de sociedades por la que se armonizaron los Registros Mercantiles, tenía como finalidad esencial la protección de terceros; la pluralidad normativa de los Estados miembros perjudica al mercado interior y a los consumidores; igual protección merece un consumidor adquirente de bienes muebles como de bienes inmuebles ya que (como impuso la primera directiva en materia de protección de los consumidores, 94/47) solo se exige que se trate de una persona física y que el acto de adquisición sea ajeno a su actividad, profesión u oficio.

La tesis es, como queda dicho, sumamente atractiva y deja abierta de par en par la puerta de la actuación de la Unión en materia de Registros Inmobiliarios. Lo que ocurre es que, para que la afirmación de competencia basada en la de mercado interior sea viable, es preciso que ambos conjuntos de normas puedan ser perfectamente separadas, que se pueda afirmar que Derecho Patrimonial y Derecho Registral son cosas enteramente distintas. Y esto es lo que no es posible, pues si bien es cierto que el Derecho Registral es instrumental con relación al primero, no solo es instrumental. Cualquier iusprivatista conocedor del Derecho español y del Derecho de otros países miembros es perfectamente consciente de que el Derecho Registral regula, junto a la ordenación y publicación de los derechos reales, sus efectos no solo frente a terceros, sino también entre partes, por lo que la pretendida separación material no es sostenible⁷. El caso extremo es el de aquellos Estados miembros que, como Alemania, establecen

la inscripción constitutiva integrándola en el conjunto de requisitos por los que se crea, modifica, transmite o extingue el dominio y demás derechos reales.

La ausencia de una escisión total entre lo instrumental y lo sustantivo pone en entredicho igualmente la apelación a la competencia en materia de protección de consumidores, pues si bien es cierto que el Derecho Registral comprende normas protectoras, no solo comprende normas de protección, normas que en cualquier caso son de aplicación a cualquier adquirente con independencia de su carácter de persona natural o jurídica, de consumidor o no, pues su fundamento no es la especial protección de la parte contractualmente más débil sino la protección y expansión del crédito territorial.

Quizá por esta razón cuando la comunidad ha actuado en materia inmobiliaria y ha esgrimido como título competencial la protección de los consumidores ha tenido mucho cuidado de dejar al margen cuestiones sustantivas. Desde la primera directiva en materia de tiempo compartido se ha tenido un cuidado especial en no actuar en materias que podían invadir competencias de los Estados miembros. La Directiva 94/47, de 26 de octubre, 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, desde el primer momento pone de relieve como, a pesar de reconocer como principal problema para el desarrollo del mercado interior la existencia de una fragmentación normativa se limita a actuar, en ejercicio de dicho título competencial, exclusivamente en tres aspectos: información sobre los elementos constitutivos del contrato, modalidades de transmisión de información relativa a los contratos y procedimientos y modalidades de resolución contractual. La Directiva vigente, 2008/122, del Parlamento europeo y del Consejo, de fecha 14 de enero de 2009, esgrime los mismos títulos competenciales y confirma que su ámbito de actuación no alcanza el régimen de publicidad y registro de los derechos de utilización de los bienes inmuebles que expresamente excluye (art. 1.2: La presente Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional relativa: *b*) al registro de bienes inmuebles o muebles y a la transmisión de bienes inmuebles).

Y es que el título competencial de protección de los consumidores se ha detenido siempre cuando de inmuebles se trata, ante su régimen sustantivo y su régimen de registro.

La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores⁸ pretende ser una regulación horizontal y, por tanto, afectar de forma homogénea al mercado interior sintetizando lo que ha sido y lo que debe ser este título competencial. Y así, tras afirmar la necesidad de acceder al mercado único mediante la potenciación del intercambio transfronterizo, señala como objetivos los siguientes: Disminuir la fragmentación regulatoria, reforzar el marco regulador, ofrecer un nivel alto de protección y proporcionar información sobre los derechos y forma de ejercitarlos. La propuesta sigue la tradición comunitaria, pues si bien

quedan dentro de su ámbito determinados contratos sobre bienes inmuebles, se hace de forma limitada (art. 20.1.a) y sin afectar ni al derecho sustantivo ni a su forma de registro.

Si analizamos estos objetivos y los ponemos en relación con lo hasta ahora predicado respecto a los títulos competenciales de la Unión, podemos concluir que, por sí sola, la protección de los consumidores no respalda una actuación en materia de Registro de la Propiedad, o mejor, tiene un alcance limitado por mucho que la creación de un mercado inmobiliario único pueda aparecer como una culminación de los motivos fundacionales de las Comunidades Europeas y de la moderna Unión⁹.

Si bien el objetivo de disminuir la fragmentación regulatoria es claramente compartible con la aspiración de actuar en materia inmobiliaria, dada la gran variedad de regímenes existentes y las dificultades que suponen para el mercado único, es difícilmente abordable dada las limitaciones derivadas del 345 TFUE, si lo que se pretende es conseguir una regulación homogénea sustantiva de los derechos reales, pero también si lo que se pretende es conseguir una regulación homogénea de los sistemas de Registro dados los evidentes efectos sustantivos que en menor o mayor medida atribuyen las regulaciones de los Estados miembros. El conflicto entre falta de atribución y protección de los consumidores y mercado interior hace difícil, si no imposible, una actuación que pueda afectar de manera global a la regulación estatal de los Registros de la Propiedad en Europa¹⁰.

Es preciso insistir sobre este punto, pues la pretensión de separar nítidamente la regulación sustantiva de la puramente registral no es fácil, requiere un estudio minucioso, artesanal y hace preciso huir de cualquier generalización. Si es posible hablar de una posible armonización en materias como la adecuada descripción de los inmuebles o de los derechos o sobre los requisitos para provocar una alteración del contenido del Registro, mucho más difícil es hacerlo si lo que pretendemos es armonizar la forma de ordenar los derechos en el registro o cómo publicarlos. En cualquier caso y antes de dar un paso semejante, al que no renunciamos, tenemos que analizar sobre qué bases puede hacerse ese estudio, su posible alcance y su posible desarrollo.

IV. EL IMPULSO ACADÉMICO, LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA EUROPEA

Los estudiosos europeos llevan estudiando la cuestión de la armonización del Derecho Patrimonial, y más concretamente, del derecho de contratos desde hace décadas, pues son bien conscientes que el mercado interior, la espina dorsal de la Unión, no puede existir, ni tan siquiera ser planteado sin que exista un marco jurídico común o, al menos armonizado.

Los esfuerzos académicos que han sido muy rigurosos¹¹, se han centrado en el derecho de contratos como materia primaria sobre la que proyectar las exigencias de un mercado interior. Lo que ha ocurrido es que al profundizar en la armonización del derecho de contratos, el mundo académico ha sido consciente de que era preciso dar un paso adicional y plantear la cuestión de los efectos transmisivos, del dominio y de las garantías reales. A juicio de algunos autores, la distinción entre el aspecto obligacional y el real o bien llega un momento que desaparece o bien hace inviable una auténtica armonización y por tanto el objetivo final. Entre nosotros planteó esta cuestión Díez PICAZO hace ya años, pero es una opinión que es compartida por muchos otros autores¹².

Este salto conceptual, que en sede de derecho interno puede ser objeto de un debate más o menos interesante, se convierte en algo mucho más complejo cuando se pretende el salto al Derecho europeo o mejor, al ámbito europeo. Téngase en cuenta que ni siquiera la armonización en materia de obligaciones y contratos es una cuestión pacífica ni en cuanto a su oportunidad política¹³, ni en cuanto a su ámbito¹⁴ ni en cuanto a la propia capacidad de la Unión para llevarlo a cabo¹⁵. El debate está completamente abierto, existen opiniones para todos los gustos y falta una dirección política que muestre un camino medianamente claro. Ante esta realidad es fácil comprender que si pretendemos ampliar el proceso al derecho de cosas la cuestión es todavía más ardua.

Las anteriores consideraciones no han impedido que una porción muy considerable de los estudiosos que están analizando la cuestión haya considerado imprescindible considerar los efectos transmisivos del contrato y la constitución de garantías como elementos inescindibles del proceso de armonización. Hablo evidentemente del grupo numerosísimo de autores que han elaborado el Marco Común de Referencia¹⁶ (más conocido por sus siglas en inglés CFR, Common Frame of Reference) y que han dedicado sendos libros a la transmisión de bienes muebles, a la constitución de derechos de garantía e incluso a la configuración de un Registro europeo de bienes muebles. No es este el momento de analizar su contenido ni de hacer una crítica al respecto aunque la merece¹⁷, y severa¹⁸, sino de poner de manifiesto cómo un importante e influyente sector de la doctrina patrimonial europea ha tomado partido y ha planteado abiertamente la cuestión. José María DE LA CUESTA RUTE no duda en afirmar que la unidad del tráfico patrimonial justifica la inclusión de estas cuestiones en el CFR y que solo las dificultades existentes en materia de inmuebles y que hacen difícil la armonización han provocado su exclusión del texto¹⁹.

Como ha puesto de relieve Antoni VAGUER ALOY²⁰, el CFR es un documento importante, que refleja el trabajo de un señalado sector de la doctrina europea y que comprende, por vez primera, una propuesta de regulación articulada con el contenido propio de un Código Civil o, al menos, de una parte sustancial del mismo.

Frente al entusiasmo europeísta y armonizador que expresan los autores más comprometidos, no faltan los que entienden que es preciso ser realistas y hacen

una llamada de prudencia. Y es que ambas posturas no dejan de tener razón, pues sí es innegable, como afirma VON BAR, que la existencia de treinta jurisdicciones distintas hace que la solución existente, basada en el conflicto de leyes, no pueda funcionar correctamente y que gran parte de las legislaciones nacionales son técnicamente anticuadas y que la existencia de un instrumento opcional haría más fácil las cosas, no es menos cierto, como afirma Norbert REICH²¹, que el acervo es muy limitado, que el ámbito institucional es el que es y que una armonización plena puede plantear serios problemas en relación al principio de subsidiariedad. Las limitaciones derivadas de los Tratados, especialmente las competenciales y las derivadas del principio de subsidiariedad son también puestas de relieve por otros autores como Maciej SZPUNAR y Heiko WILLEMS²².

La falta de sustento legal del CFR²³ no debe llevar a frivolar sobre el trabajo realizado y sus consecuencias, pues aunque parece claro que el mismo no va a ser objeto de ninguna acción directa de la Unión, es igualmente clara su influencia no solo en el ámbito académico sino también en el político. La corriente de doctrina que expresa el CFR es reflejo y, a su vez, origen de un estado de opinión que tarde o temprano se incluirá en la agenda política y que tarde o temprano provocará un acción de la Unión²⁴.

V. LA ACTUACIÓN EN SEDE DE REGISTRO MERCANTIL

La Comunidad Económica Europea llevó a cabo la armonización en materia de Registro Mercantil mediante la denominada primera directiva en materia de sociedades o 68/151, del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. Como se refleja claramente en tan larga denominación, la intención de la Directiva era esencialmente armonizar los requisitos exigibles a las sociedades mercantiles (publicidad, validez de sus compromisos y nulidad, especifica el prefacio de la directiva) pero inmediatamente enfatiza el hecho de que con ello se busca igualmente la protección de los intereses de los terceros, de los socios y garantizar la seguridad jurídica.

Es cierto que la Comunidad disponía, y dispone, de un título competencial específico atribuido en los artículos 54.3.g) y 58 del Tratado constitutivo, artículos que hoy en día son los 50.2.g) y 54 que han llegado hasta el vigente TFUE con una redacción idéntica a la originaria. No se trata, por tanto, de intentar «trasplantar» una competencia específica que no está atribuida. Lo que intentamos es determinar si en desarrollo de dicha competencia y de otras conexas como el mercado interior y protección de consumidores, la actuación que llevó a cabo en su día la Comunidad podría predicarse hoy de la Unión en todo aquello que pueda quedar amparado en estas últimas. Es decir, si puede afirmarse que existen

bases suficientes para una actuación de la Unión en materia de armonización de los Registros de la Propiedad, aunque no exista una competencia especialmente atribuida, como ocurre en materia de sociedades, sino en base a competencias generales o, lo que es lo mismo: si la armonización del Registro Mercantil se llevó a cabo sin tocar el Derecho de Sociedades, ¿puede armonizarse el Registro de la Propiedad sin afectar el Derecho de cosas?

Para ello es preciso analizar las medidas armonizadoras que llevó a cabo la Directiva 68/151 en materia de Registro Mercantil e intentar dilucidar si las mismas exigieron o no una aplicación directa de la competencia específica en materia de sociedades o, por el contrario, quedaron suficientemente cubiertas con las competencias generales en materia de mercado interior y protección de consumidores.

El artículo dos de la Directiva establece la publicidad mínima obligatoria para las sociedades estableciendo, entre otras, las siguientes menciones obligatorias en el Registro Mercantil: la constitución y los estatutos, así como sus modificaciones, el nombramiento, cese e identidad de las personas que formen parte de sus órganos y tengan el poder de obligar a la sociedad, la disolución, liquidación y declaración judicial de nulidad.

Si hablamos de Registro de la Propiedad, la armonización implicaría el objeto de inscripción, la finca y los derechos que sobre ella recaen, así como sus modificaciones, a contrario, a las restricciones para llevar a cabo la alteración del contenido del folio, así como la cancelación de derechos y resoluciones judiciales que tengan efectos reales.

El artículo tres de la Directiva determina que se abrirá un expediente por cada sociedad, que los actos sometidos a publicidad deben aparecer en dicho expediente y que debe poder obtenerse copia íntegra o parcial del mismo, copia que será certificada en su caso. Asimismo determina que los actos sujetos a constancia en el expediente podrán ser objeto de publicación íntegra, en extracto o de mención, en referencia al depósito del documento. En cualquier caso, los actos no serán oponibles frente a terceros hasta después de la publicación.

Traducido a la mecánica del Registro de la Propiedad, la armonización implicaría la apertura de un expediente o folio por objeto de derechos, es decir, por finca. Igualmente implicaría la necesidad de que en dicho folio consten todas la modificaciones de la finca o de los derechos que sobre la misma recaigan. El contenido del Registro debe ser accesible mediante copia total o parcial certificada en su caso; es decir, que haga fe del contenido del Registro. Los Estados miembros pueden determinar el sistema de inscripción transcripción o depósito de documentos que tengan por conveniente, pero el contenido sujeto a publicidad no será oponible frente a tercero hasta su inscripción, transcripción o depósito.

El artículo 8 de la Directiva establece que, realizada la publicidad del nombramiento de las personas que pueden obligar a la sociedad, las irregularidades en el nombramiento no pueden oponerse a tercero de buena fe.

Lo que implicaría, en sede de Registro de la Propiedad, la formulación del principio de fe pública a favor de tercero.

La pregunta, por tanto, que procede hacerse es si estas medidas que fueron consideradas mínimas por la Directiva 68/151, para la armonización de los Registros Mercantiles, pueden predicarse de los Registros de la Propiedad en base a los títulos competenciales generales de la Unión.

Pues bien, resulta bastante claro que todas las cuestiones relativas al modo de llevar el Registro por fincas, a la necesaria constancia en el folio particular de los derechos y sus modificaciones, incluida su extinción, así como de las restricciones a su libre disposición y a las resoluciones judiciales que les afecten, no implican una invasión de las competencias de los Estados miembros en la regulación sustantiva de la propiedad o de los demás derechos reales.

No ocurre así con lo dicho sobre inoponibilidad o fe pública. Respecto de la inoponibilidad de lo no inscrito constituye el efecto mínimo de un sistema de Registro pero implica una alteración de las reglas sustantivas civiles de rango de los derechos reales. Sin embargo es cierto que es un efecto tan inmediato, tan inexorable, que no existe sistema de Registro (fuera de los de mero depósito sin efectos sustantivos) que no lo predique²⁵. Por lo que yo sé no existe sistema registral en Europa que no lo haga, así que su inclusión en una eventual acción armonizadora no implicaría una invasión de competencias de los Estados miembros, sino más bien una declaración de una uniformidad ya existente. Por el contrario, la consagración del principio de fe pública es el efecto máximo de un sistema de Registro al implicar la ruptura del principio de *Nemo dat quod non habet* en beneficio del tráfico jurídico, y si bien es cierto que con ello se fomenta al máximo el tráfico, no lo es menos que supone una alteración sustantiva de las reglas generales que rigen al dominio y a los demás derechos reales. En consecuencia y de acuerdo con lo dicho más arriba, no sería posible una actuación de la Unión en esta materia al no quedar amparada por las competencias de mercado interior y protección de los consumidores.

Es preciso aclarar que la armonización del sistema de llevanza del Registro de la Propiedad por fincas podría encontrar una resistencia en los únicos Estados miembros que no lo siguen, en concreto Francia, Bélgica y Luxemburgo, que siguen el sistema procedente del Código de Napoleón de llevanza por titularidades. No obstante se trata de un obstáculo fácilmente salvable; en efecto, los medios electrónicos de los que se han dotado todos los sistemas de Registro en Europa permiten la indexación de cualquier registro en función del objeto sobre el que recae (o en base a cualquier otro parámetro) con independencia de cual sea el modo material en que se lleve el Registro (en realidad en un sistema registral totalmente electrónico el concepto de folio real pierde su significado aunque es cierto que los derechos reales se siguen predicando del objeto, archivo, sobre el que recaen o indexan. Por tanto sería suficiente permitir solicitar la publicidad de los registros de fincas o derechos en base a titularidades o fincas (lo que

permite cualquier sistema informático) para que el resultado de la publicidad fuese similar con independencia del modo material de llevanza.

La versión codificada de la Directiva en materia de sociedades (2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009) incorpora las distintas modificaciones que se han producido a lo largo de los años y que ponen de manifiesto que la voluntad de armonización ha dado un paso más al pretender favorecer el acceso transnacional a la información de los Registros Mercantiles con lo que aquella cobra su verdadero sentido. De este modo se incorpora la necesidad de que la presentación de documentos al Registro se pueda hacer mediante medios electrónicos y que del mismo modo se puedan obtener copias electrónicas de los asientos registrales imponiendo la obligación para los Estados miembros de que los Registros se lleven por medios electrónicos a partir del 1 de enero de 2007.

En definitiva, la armonización en materia de Registro Mercantil es una realidad en Europa, una realidad que avanza lenta pero inexorablemente y que pone de manifiesto, por un lado, la voluntad política de la Comisión de desarrollar la competencia específica de que dispone la Unión en materia de sociedades²⁶, pero que, a los efectos que nos interesan, podría haberse llevado a cabo desarrollando la competencia genérica de libertad de establecimiento, ya que ninguna de las medidas que hemos analizado afecta a la sustancia del Derecho de Sociedades.

La cuestión vuelve, pues, a ser planteada: si la iniciativa en materia de armonización de los Registros Mercantiles en Europa se ha podido llevar a cabo sin necesidad de actuar sustantivamente en materia de sociedades, ¿es posible invocar la competencia genérica de mercado interior para armonizar los Registros de la Propiedad sin necesidad alguna de actuar sobre el Derecho sustantivo?

VI. EL IMPULSO POLÍTICO DE LA COMISIÓN

Un aspecto esencial, que es preciso evaluar, es cuál es la trayectoria de la Comisión en relación al tema que nos ocupa, pues a nadie escapa que si no existe voluntad política de poner en marcha algún tipo de acción, de nada servirá afirmar que la Unión dispone de las capacidades precisas para llevarlas a cabo. Dos son las iniciativas que debemos tener en cuenta sin perjuicio de contar con otras que están relacionadas con esta cuestión.

1. La integración de los mercados de crédito hipotecario en la Unión Europea. Tras una amplísima consulta que se llevó a cabo por medio del homónimo Libro verde (COM 2005, 327 final)²⁷, el 18 de diciembre de 2007, la Comisión publicó el Libro blanco en el que exponía su visión y planes al respecto. La publicación supuso, en cierto modo, una sorpresa en cuanto al contenido, pues si la publicación del Libro verde llamó la atención por lo ambicioso de su

contenido, el subsiguiente Libro blanco rebajó enormemente las expectativas. Ciñéndonos a la cuestión del Registro de la Propiedad, el Libro verde planteaba directamente dos cuestiones de gran trascendencia en relación a los Registros de la Propiedad europeos; la primera hacía referencia al contenido y fiabilidad de los Registros, y la segunda a la conveniencia de legislar, vía régimen 26, una forma jurídica común conocida como Eurohipoteca.

El Libro verde planteaba, en cuanto a la primera cuestión, que los Registros de la Propiedad no siempre reflejan con exactitud las cargas que pesan sobre los inmuebles, así como las dificultades inherentes a la comprensión del funcionamiento y contenido de los Registros y a las dificultades de acceso a su información. La Comisión planteaba la cuestión de si debía o no seguir apoyando iniciativas como la de EULIS (European Unión Land Information System). Del resumen que la propia Comisión hizo de las respuestas recibidas (Feedback. MARKT/H3/JR 2006) resultó que una gran mayoría entendió que la Comisión debía mantener su acción en tres campos esencialmente: se entendía que era preciso que un mayor número de Estados miembros participasen del proyecto de interconexión, se entendía igualmente que debía homogeneizarse el contenido de la información obtenida, dada la gran diversidad existente, y se entendía igualmente que debía clarificarse el valor jurídico de la información recibida.

La segunda cuestión que planteaba el Libro verde, la conveniencia de la Eurohipoteca como régimen 26, suscitó muchísimas más dudas entre las personas e instituciones que contestaron y de hecho la Comisión reconoció que no estaba claro en absoluto que existiera un interés de presente entre los agentes consultados.

Finalmente se publica el Libro blanco el 18 de diciembre de 2007 (COM 2007 807 final) y la cuestión de la Eurohipoteca no recibe ni una sola línea de consideración, probablemente porque la Comisión, como ya reconociera en la formulación del Libro verde, era consciente de que existían factores, como el Derecho de cosas, profundamente afectadas y de una gran complejidad técnica y política.

Aunque el Libro blanco mantiene el objetivo de profundizar en la consecución de un mercado integrado del crédito hipotecario, rebaja mucho sus expectativas aún reconociendo, como vimos más arriba, su importancia en la tarea de construcción del mercado interior europeo.

Pero en la materia que nos ocupa, el Libro blanco (punto 4.2 denominado Tasación, Registros de la Propiedad y ejecuciones hipotecarias) afirma que los Estados miembros deberían hacer más efectivos sus procedimientos de enajenación forzosa y Registros de la Propiedad. Continúa afirmando que estos factores encarecen la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentan la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y elevan los costes de refinanciación para continuar afirmando que la Comisión publicará marcadores sobre los costes y duración de los procedimientos de registro y ejecución y

finalizar afirmando que realizará unas recomendaciones por las que exhortará a los Estados miembros a que sus Registros de la Propiedad puedan consultarse por Internet, a que se unan al proyecto EULIS y a que hagan más transparentes y fiables sus registros en particular a lo que atañe a los «costes ocultos»²⁸ (*sic*).

Merece la pena que atendamos a la opinión que del Libro blanco elaboró la Asociación Europea de Registros de la Propiedad (ELRA), teniendo en cuenta la experiencia que algunos de sus miembros arrastraban de su participación en el Forum Group, germen del Libro verde del que surgiría el documento que analizamos. Dicha opinión es accesible en la red²⁹ y es de especial utilidad porque ayuda a comprender un texto excesivamente escueto y de dicción legal no muy afortunada.

Como pone de relieve el manifiesto de ELRA, lo primero que llama la atención es que la Comisión renuncia a una acción directa en materia de Registros (al menos en el ámbito del Libro blanco y por ahora), pues el hecho de que opte por la mera recomendación pone de relieve que entiende que la relación entre Registro y *lex rei sitae* es tan fuerte que su obligación de construcción de un mercado único debe hacerse, en este contexto, por parte de los Estados miembros.

La primera recomendación es la relativa al acceso en línea de los Registros de la Propiedad europeos y, como pone de relieve ELRA, esto debe hacerse en plano de igualdad para todos los ciudadanos, sin que pueda existir discriminación de clase alguna por razón de la nacionalidad. Además el acceso debe ser sencillo y tener en cuenta las normas interiores de protección de datos, así como asegurar técnicamente la integridad y seguridad de la información.

La segunda recomendación hace referencia a la incorporación al EULIS o sistema de interconexión de Registros de la Propiedad que ha de servir para facilitar la información transnacionalmente resolviendo los importantes problemas derivados de la diversidad de lenguas y de procedimientos de acceso y solicitud. En cualquier caso, la incorporación depende de la voluntad de los Estados miembros.

La tercera recomendación hace referencia al aumento de transparencia de los Registros, lo que implica el establecimiento de reglas legales claras sobre el rango que tienen los derechos que acceden al Registro, cuestión que, como queda dicho, preocupa mucho a la industria.

La cuarta recomendación hace referencia a la fiabilidad de los sistemas y se entiende como referente a la necesidad de que los registros reflejen la realidad extraregistral tan fielmente como sea posible, pues la propia exigencia de publicidad junto con la confianza que se genera en los terceros implica que los derechos sean oponibles exactamente en la forma en que aparecen publicados. En este apartado también se entiende que el Registro debe reflejar cualquier otra limitación, como las derivadas de la legislación ambiental, que pueda limitar el contenido de los derechos inscritos.

Finalmente la apelación a las cargas ocultas hace referencia a aquellos derechos o limitaciones que, pese a no constar inscritos, son plenamente oponibles al adquirente de buena fe (*overriding interest*) y que son de muy variada naturaleza (pues van desde la usucapión *contra tabulas* a privilegios fiscales o sociales). ELRA considera que, debido a la dificultad en suprimir dichas situaciones de las legislaciones internas debería al menos limitarse su número y clarificarse su régimen legal al mismo tiempo que debería regularse la publicidad registral de la usucapión en todas las legislaciones internas y, respecto de aquellas situaciones que no puedan reflejarse en el Registro de la Propiedad, al menos regular la posibilidad de que puedan ser conocidas por los terceros mediante los mecanismos oportunos al efecto.

En definitiva, el Libro blanco pone de manifiesto que la Comisión no tiene por ahora intención política de actuar en el ámbito de los Registros de la Propiedad. Lo confirma la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial en cuyo Considerando número 7 se dice: «Resulta oportuno que, en los ámbitos no cubiertos por la presente Directiva, los Estados miembros conserven la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales. Se deben poder mantener o adoptar disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho Contractual, en relación con aspectos tales como la validez de los contratos de crédito, la tasación de los bienes, el Registro de la Propiedad, la información contractual, las cuestiones postcontractuales, y la gestión de los impagos».

La Comisión, sin embargo, al mismo tiempo que manifiesta su decisión de no actuar, afirma la necesidad de que lo hagan los Estados miembros, y señala aquellos aspectos en que es necesaria la acción conjunta. De todo ello lo que más nos interesa resaltar es que la Comisión entiende que es preciso que exista un proceso de armonización en el ámbito del Registro de la Propiedad en Europa.

2. La armonización del Derecho Contractual europeo. Como hemos visto anteriormente, la armonización en materia contractual es una cuestión en la que se lleva trabajando desde hace décadas, pero que en los últimos años ha tenido un impulso importante, incluso a nivel político aunque siga sin estar claro el camino que se ha de escoger y el resultado final que se desea. Incluso hemos analizado una serie de posturas doctrinales que han aprovechado este impulso para ir más allá al considerar que la armonización contractual debe abarcar las consecuencias o efectos de los contratos, señaladamente la transmisión del dominio y la constitución de los derechos reales. La cuestión pues, en la medida en que nos interesa en este trabajo, es determinar si esa iniciativa meramente académica puede considerarse en algún modo respaldada por la Comisión y si estamos, en consecuencia y en este aspecto, en condiciones de aspirar a ver alguna acción de la Unión en la materia.

Tras las numerosas iniciativas de la Comisión y del Parlamento que han desembocado en el marco común de referencia, la Comisión ha lanzado una

gran encuesta para conocer la opinión que la comunidad científica y profesional europea tiene sobre la armonización contractual. Este nuevo Libro verde³⁰ nos da una idea «oficial» de la enorme confusión que existe en la materia y de las muy distintas opciones que se plantean. Pero lo que nos interesa destacar es que la Comisión no desdeña, a priori, la posibilidad de que la futura acción europea comprenda materias como la adquisición y pérdida del dominio y las garantías mobiliarias.

Efectivamente, cuando la Comisión plantea cuál habría de ser el ámbito material que recogiese el instrumento europeo y tras plantear una opción estricta o meramente contractual dice lo siguiente:

«4.3.2. Una interpretación lata de su ámbito

Un instrumento de Derecho Contractual europeo podría cubrir, amén de los asuntos enumerados en la Sección 4.3.1, otros conexos como la restitución, la responsabilidad extracontractual, la adquisición y pérdida de dominio de bienes y la garantía de la propiedad de bienes muebles».

Este párrafo es muy significativo, pues reconoce la existencia del interés en armonizar cuestiones patrimoniales derivadas del contrato, algo que hemos visto algunos autores vienen reclamando insistentemente, y al mismo tiempo parece restringirlo al ámbito de los bienes muebles, dando también cabida al cierto consenso académico existente de que la materia inmobiliaria es más compleja y tiene connotaciones históricas y culturales que aconsejan dejarla al margen de la armonización o, al menos, darle un tratamiento diferenciado. Al permitir que se plantee la cuestión de las consecuencias patrimoniales del contrato, la Comisión ha dado un paso que, al menos en mi conocimiento, no había dado hasta ahora siquiera sea en un plano puramente retórico y en el estrechísimo marco de una consulta como es el Libro verde.

Es también destacable que al aceptar tratar la cuestión de las garantías mobiliarias se está aceptando implícitamente la necesidad de tratar la cuestión del Registro de dichas garantías y, en su caso, de su armonización.

Como es lógico, la Comisión no plantea en la encuesta cuestión alguna de competencia ni permite adivinar en cuál de ellas podría apoyarse para tomar una iniciativa en la materia.

Es preciso esperar a ver cuál ha sido el resultado de la encuesta y qué tratamiento le da la Comisión para poder sacar alguna conclusión adicional.

VII. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA UNIÓN

Dejando de lado la legislación europea en materia de protección de los consumidores, que ya hemos visto que soslaya la cuestión de la transmisión del

dominio y de la constitución de los derechos reales³¹, la doctrina pone como ejemplos de Derecho Patrimonial europeo el reglamento sobre procedimientos de insolvencia y la directiva sobre acuerdos de garantía financiera. Hagamos un breve repaso de ambos instrumentos por si fueran de interés en la materia que nos ocupa.

1. El Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia es de poca utilidad, ya que desde el principio (Considerando 25) se pone de manifiesto cómo el fundamento, validez y el alcance de los derechos reales están sujetos a la ley nacional del lugar donde estén sitos, lo cual no es nada nuevo desde luego. De acuerdo con este planteamiento, el reglamento se limita a establecer normas de competencia —art. 2.g); art. 5, art. 7, art. 8, art. 11 y art. 14— con escrupuloso respeto al principio de *lex rei sitae*.

Es cierto que para algunos autores el reglamento tiene una gran importancia e implica una acción directa de la Unión sobre el Derecho Patrimonial (de hecho suele ser citado como ejemplo de Derecho Patrimonial europeo³²), e incluso se afirma que es el instrumento que con mayor alcance ha tratado el tema del Registro de la Propiedad, aunque se reconoce que al hacerlo para excluirlo por completo de la regulación, el instrumento no contiene norma armonizadora alguna al respecto³³.

No hay por tanto atisbo alguno de voluntad política de armonización en el ámbito de los derechos reales, sino más bien lo contrario, lo que hace más chocante el siguiente ejemplo.

2. Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Es cierto que este instrumento tiene un ámbito de actuación muy limitado y que dicho ámbito está restringido a una porción del mercado muy particular, caracterizado por el hecho de que no se aplican las reglas generales del tráfico jurídico o mejor, que se modalizan para adaptarlas a sus exigencias. En este sentido el mercado financiero, caracterizado por el alto volumen de operaciones que comprende, por la rapidez e informalidad con que se llevan a cabo, por su carácter fuertemente regulado y por la especialidad de sus actores, es sin duda un mercado especial.

Ahora bien, dicho esto, el contenido de la Directiva de 2002 es cuando menos sorprendente y si lo ponemos en relación con los instrumentos a los que hemos referencia a lo largo del trabajo, excepcional. La Directiva se refiere a la constitución y a los efectos de las garantías financieras, garantías constituidas sobre unos bienes muebles, títulos o dinero que se pignoran o cuya propiedad se transfiere en garantía de una obligación principal. La Directiva no se limita en absoluto a fijar normas de conflicto o de jurisdicción (de hecho solo le dedica su art. 9) sino que regula los requisitos de constitución, los elementos formales, personales, reales, los efectos de la garantía y su ejecución.

El artículo 1 del instrumento dice expresamente que su objeto es el establecimiento del régimen comunitario de los acuerdos de garantía financiera y de las garantías financieras; no es, por tanto, un instrumento con un contenido que afecte solo al Derecho contractual, sino que contiene una regulación propia del Derecho de cosas.

La Directiva contiene una regulación bastante completa y determina los sujetos (art. 1.2), el objeto (art. 1.4), la forma (art. 3), los efectos (arts. 2, 4, 5) y la ejecución de las garantías (art. 4), ya como prenda, ya como transmisión fiduciaria del dominio. Es cierto que no es una regulación exhaustiva de ambos derechos de garantía y que el instrumento elegido fue una Directiva y no un Reglamento: ambas cosas son incuestionables, pero no empañan la realidad de que la comunidad entró en un terreno vedado sin que nadie, que yo tenga conocimiento, haya demostrado la más mínima objeción al respecto.

Lo sorprendente de todo esto es que en la Directiva solo cita como título competencial el artículo 95 del Tratado de Constitución de la Comunidad Europea (actual 114 del TFUE), es decir, la competencia para armonizar legislaciones y solo en los considerandos alude al mercado interior y a la libertad de prestación de servicios y de circulación de capitales.

El artículo 295 del TCE no fue un obstáculo, entonces lo que nos debe llamar a reflexión y es que este instrumento pone de manifiesto que cuando existe voluntad política de los Estados miembros se buscan los atajos necesarios para conseguir el resultado perseguido, sea este o no plenamente conforme con el contenido de los Tratados ya que, en definitiva, estos no son sino el reflejo de aquella.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES; APROXIMACIÓN AL ÁMBITO POSIBLE DE ARMONIZACIÓN

Llegados a este punto es preciso intentar dar sentido a esta confusa situación para llegar a algunas conclusiones y, desde ellas elaborar un catálogo de posibles campos en los que es necesaria y posible una armonización de la materia que regula los Registros de la Propiedad.

1.º Que la diversidad legislativa es una rémora para el mercado interior es una obviedad y de hecho se puede predicar de cualquier actividad que implique una actividad transnacional en Europa³⁴.

El mercado inmobiliario es enorme y representa un porcentaje significativo del Producto Interior Europeo, por lo que es lícito afirmar que una armonización contribuiría al incremento de su tamaño y ayudaría significativamente a la consolidación del mercado interior.

Existe un consenso académico tanto en el hecho de la conveniencia de llevar a cabo la armonización como en su dificultad habida cuenta de la relación íntima

entre el Derecho que regula el dominio y derechos sobre los bienes inmuebles y las tradiciones jurídico culturales de los pueblos.

No existe en los Tratados atribuida una competencia que permita acometer la tarea. Si aquellos no son sino el reflejo de la voluntad política de los Estados miembros es lícito afirmar que la dificultad es meramente coyuntural en la medida que puede desaparecer en el momento que así lo establezcan los Estados miembros³⁵. Si bien es cierto que en cuestiones muy puntuales, los Estados miembros han permitido a la Unión actuar en materia de Derecho de cosas, lo limitado de la acción no permite realizar generalización alguna. Es realista afirmar que la construcción del Derecho Patrimonial europeo, en cuanto a los inmuebles se refiere, es una tarea a muy largo plazo que, hoy por hoy, no está en la agenda³⁶.

2.º El Registro de la Propiedad está regulado por un conjunto de normas que solo parcialmente pueden considerarse integrantes del Derecho de cosas. Existen dos razones muy poderosas para considerar factible una acción armonizadora de la Unión que no viole el ejercicio de sus competencias ni implique una invasión de aquellas de los Estados miembros:

Por un lado existe un campo de actuación del Derecho Registral Inmobiliario que no afecta al Derecho sustantivo y que en consecuencia podría ser objeto de armonización por contribuir al mejor funcionamiento del mercado inmobiliario europeo. En la medida que el Registro publica el dominio y los demás derechos sobre bienes inmuebles sería conveniente cierta armonización a fin de facilitar las transacciones transnacionales y garantizar el correcto funcionamiento de la libertad de movimiento de capitales y de establecimiento, fortaleciendo la protección de los consumidores³⁷.

Por otro lado, contamos con la experiencia de la armonización del Derecho Registral Mercantil, del Registro Mercantil, cuya armonización se ha llevado a cabo sin afectar al Derecho Sustantivo de Sociedades, lo que nos permite afirmar que es posible armonizar el Registro de la Propiedad sin afectar al Derecho de cosas.

La Comisión Europea ha mostrado, por un lado, la necesidad de que se lleve a cabo una acción de armonización pero, por otro, ha declinado tomar acción directa dejando la iniciativa a los Estados miembros a los que señala materias concretas en las que debe llevarse a cabo. Mientras que no exista un cambio de voluntad política a nivel comunitario es ilusorio creer que se puede ir más allá, si bien ello no empece para que, a nivel académico, puedan señalarse nuevas vías de avance que preparen el camino para cuando tal cambio se produzca.

El ámbito de armonización debe ser el siguiente:

1.º El contenido del Registro. Debe ser armonizado el hecho de que el centro de conexión de las titularidades es la finca, el objeto o bien inmueble sobre el que recaen las titularidades o limitaciones. Es altamente aconsejable que se prevea que la definición del inmueble se haga al menos, en base a un sistema

georreferenciado de coordenadas que permita situar el inmueble en el terreno y superponer la información jurídica a cualquier otra que sea relevante. De igual modo la contemplación de un identificador único europeo por finca sería de gran utilidad al permitir la búsqueda de fincas a nivel continental mediante la interconexión de los registros a la que luego nos referimos.

También debe armonizarse el hecho de que los Registros de la Propiedad deben poder publicar en dicho folio real, ya sea material o electrónico, los derechos reales admitidos por el ordenamiento interno, así como las limitaciones de Derecho Privado y que tengan su origen en la voluntad de los particulares o en una resolución judicial o administrativa. De igual modo deben publicarse aquellas limitaciones de origen administrativo y de Derecho Público que afecten a los inmuebles y sean susceptibles de hacerse constar en el folio real. Lógicamente debe comprenderse la modificación de los derechos o limitaciones inscritas así como su extinción. Finalmente la armonización comprendería la posibilidad de hacer constar las modificaciones de los inmuebles inscritos en cuanto a su descripción física.

Una armonización semejante sería de gran utilidad y podría hacerse sin afectar al Derecho sustantivo de cada Estado; precisamente por esta circunstancia, el instrumento debería ser la directiva y no la mera recomendación, como propone la Comisión. Si la armonización comprendiese la necesidad de georreferenciación podría darse un paso importantísimo en una de las cuestiones que preocupa en Europa, el de la existencia de limitaciones que por su especial naturaleza no se reflejan en los libros del Registro pese a lo cual y por derivar de la Ley son oponibles a tercero. Estas limitaciones, de muy variada naturaleza y origen (medioambiental, urbanística, de protección de patrimonio público) afectan, no a fincas concretas sino a porciones del territorio o a partes del mismo. En la medida en que dichas limitaciones pueden reflejarse en representaciones del territorio por medio de instrumentos de georreferenciación y superponerse a otras capas de información, como la que supone la que contiene el Registro de la Propiedad, puede alcanzarse el objetivo de que los eventuales terceros dispongan de la mayor información posible, especialmente, de las circunstancias limitativas que puedan afectar a una finca concreta. De este modo podría adecuarse muy convenientemente la política de la Unión en otras materias con el Registro, en concreto la iniciativa emprendida con la Directiva 2007/2/EC del Parlamento y el Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (INSPIRE)³⁸.

Si se combina este elemento de armonización con la creación de un identificador único europeo y se añade un último elemento como la atribución al titular registral de un identificador único europeo, circunstancia que permitiría realizar búsquedas a nivel continental, de gran trascendencia para la concesión de crédito, pero también para la exigencia de responsabilidades patrimoniales, es fácilmente divisible las ventajas de valor añadido del sistema.

Medidas semejantes permitirían potenciar la publicidad de los registros multiplicando sus efectos y convirtiendo la institución en una herramienta formidable al servicio de la seguridad jurídica y de la expansión del crédito inmobiliario, lo que nos lleva al siguiente punto.

2.º La publicidad del Registro. En la medida que la vocación natural de todo derecho real es ser oponible, su publicidad es un elemento esencial de su eficacia. Este es un aspecto crucial al que se ha referido también la Comisión. Es preciso que esta materia se armonice, igualmente por vía de directiva, y se determine que el contenido del Registro ha de poder ponerse de manifiesto mediante copia o extracto ya sea certificado o no. Tanto la solicitud de publicidad como su expedición debe poder hacerse por vía telemática. Si se pone este punto en conexión con el anteriormente analizado, la eficacia del sistema se multiplica nuevamente al permitir búsquedas en todos los Registros europeos por vía telemática y sin tener que acudir a la idea de crear un Registro único en Europa, algo que sencillamente está fuera de consideración. El solicitante debe poder obtener una copia en su propio idioma, siempre que sea oficial en la Unión y lo que es más relevante, con una explicación de los efectos de la publicidad y, en su caso, de la inscripción si llega a adquirir e inscribir.

Dado que la armonización no puede alcanzar los efectos sustantivos de la inscripción es esencial que se armonice que el tercero que consulte el contenido del Registro conozca debidamente el alcance de la inscripción en cada sistema de Registro, si es constitutiva o declarativa y si va a estar protegido o no en caso de inscripción así como en qué circunstancias. En cualquier caso, lo no inscrito no perjudica a tercero como requisito mínimo de publicidad material de cualquier sistema.

3.º El principio de prioridad. Debe armonizarse esta cuestión de extrema importancia y que una y otra vez ha sido puesta de relieve como clave por parte de la industria europea. Implica que los derechos sean oponibles por el orden de su acceso al registro, excluyendo que derechos no inscritos o inscritos con posterioridad se antepongan a los anteriormente inscritos.

La lógica del principio es aplastante: no se puede tomar una decisión de oportunidad económica de forma adecuada si no se conoce de antemano que las bases que han servido para ello no pueden ser posteriormente modificadas en perjuicio de parte. La incertidumbre que genera el hecho de que a pesar de la diligencia máxima pueda aparecer un tercero preferente desconocido y que no ha publicado su situación dificulta el crédito y encarece la financiación al ser preciso prever el factor estadístico de la eventual aparición de un tercero preferente.

Es muy dudoso que la armonización en este aspecto pueda llevarse a cabo mediante un acto de la Unión pese a su trascendencia para el mercado interior. La indudable influencia del principio de prioridad sobre el orden natural de oponibilidad de los derechos reales, sobre la regla prior *in tempore potior in iure*, hace inviable una acción de la Unión que no esté avalada por los Estados

miembros. Hasta que una medida semejante no sea abordable a nivel comunitario es preciso aceptar las reglas del juego, por lo que solo una acción coordinada de los Estados miembros es factible.

4.º Algunas cuestiones de procedimiento. Es preciso que se armonice el hecho de que la solicitud de inscripción pueda hacerse de forma telemática como medida para acercar el registro a los administrados y abaratar costes. La interconexión de los registros debe servir también para facilitar este proceso, para que con independencia del lugar de registro de la finca, pueda realizarse la presentación desde la plataforma habitual que el usuario esté acostumbrado a utilizar³⁹. Una medida semejante reforzaría sobremanera la cooperación judicial en el ámbito de seguridad, libertad y justicia. La armonización debe contemplar el hecho de que el rechazo a la inscripción debe ser debidamente motivada, notificada y susceptible de recurso, pudiendo alcanzar la jurisdicción ordinaria.

NOTAS

¹ José María DE LA CUESTA RUTE, *Prólogo* a la obra *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, 2011. CUESTA no hace sino reflejar una opinión extendida.

² Article 345 (*ex article 295 EC*), its meanings and interpretations. *European Law Journal*, mayo de 2010.

³ La edición española del TFUE permite una interpretación mucho más acorde con lo que resulta ser la finalidad del precepto, pues en otros preceptos utiliza la misma o similar expresión en el sentido de que el Tratado no obsta, no perjudica, la regulación nacional en materia determinada. Véanse los artículos 17, 345, 346, 350 y 351.

⁴ Como dice el Tribunal, párrafo 59: El principio de homogeneidad embebido en el acuerdo del Espacio Económico Europeo lleva a la presunción de que los preceptos formulados de forma idéntica en el acuerdo del Espacio Económico Europeo y en el Tratado de la Comunidad Económica Europea deben ser interpretados de la misma manera.

⁵ La sentencia se puede encontrar fácilmente en: http://www.eftacourt.int/index.php/cases/case_e_2_06/ La traducción parcial es mía.

⁶ Antonio PAU PEDRÓN, «La convergencia de los sistemas registrales en Europa», en *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

⁷ Sobre la naturaleza del Derecho Hipotecario y la cuestión acerca de su carácter meramente instrumental o sustantivo, puede verse el estudio de José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Editorial Civitas, 1988, pág. 66.

⁸ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:ES:NOT>

⁹ No puede ser más expresiva, al respecto, la introducción del Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en la Unión Europea: «la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE es esencial para lograr un funcionamiento más eficiente de su sistema financiero, ya sea mayorista o minorista, así como para la economía europea en su conjunto».

¹⁰ Sergio CÁMARA LAPUENTE entiende que las competencias sobre mercado interior y protección de los consumidores son claramente insuficientes para una armonización en materia registral, aunque deja abierta la posibilidad en materias como la publicidad y aún así muy limitadamente. Registration of Interests as a Formality of contracts: Comparative Remarks on Land Registers within the frame of European Private Law. *European Review of Private Law*, 6-2005, pág. 797.

¹¹ Un estudio del conjunto de acciones se puede ver en la obra *Derecho Contractual europeo*. Varios autores, Bosch, 2009.

¹² Sjef VAN ERP afirma rotundamente que las categorías de derechos reales y personales no pueden seguir contemplándose como compartimentos estancos. «European Property Law: a methodology for the future», en *European Private Law. Current Status and Perspectives*, pág. 243, Sellier, 2011.

¹³ Fernando GÓMEZ y Juan José GAMUZA afirman rotundamente que no es tan claro como se pretende que la pluralidad de legislaciones implique un aumento de los costes de transacción ni que la armonización en sí misma constituya un paso adelante. «Economic Underpinnings of European Private Law Harmonization», en *European Private Law. Current Status and Perspectives*, págs. 34 y 35, Sellier, 2011.

¹⁴ No está claro si la armonización pretendida debe incluir los contratos con elementos transnacionales solamente o también los estrictamente nacionales. Véase, «La unificación del Derecho Contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea», en *Derecho Contractual Europeo*, pág. 85, Bosch, 2009.

¹⁵ Sixto SÁNCHEZ LORENZO afirma rotundamente que no existe en los Tratados competencia alguna que ampare un Código Civil europeo; ni tan siquiera un Código de Obligaciones. Misma obra anterior, pág. 89.

¹⁶ Un análisis del mismo en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, 2011.

¹⁷ Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, «Adquisición y pérdida de la Propiedad de Bienes Muebles», en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, pág. 500, Bosch, 2011.

¹⁸ La propuesta de regulación del Registro Europeo de Bienes Muebles es inaceptable porque al suprimir todo control de entrada difiere a la intervención de los Tribunales cualquier problema de antijuricidad que pueda producirse renunciando a toda acción preventiva. La regulación no difiere gran cosa de la adoptada en el seno de la OEA como ley modelo de fortísima influencia norteamericana.

¹⁹ Prólogo a *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, pág. 10, Bosch, 2011.

²⁰ «El Marco Común de Referencia», en *Derecho Contractual Europeo*, pág. 239, Bosch, 2009.

²¹ En *European Private Law. Current Status and Perspectives*, pág. 271, Sellier, 2011.

²² También en la misma obra, págs. 273 y 275.

²³ Para José María DE LA CUESTA RUTE, el CFR está construido completamente en el aire, al margen de cualquier competencia legislativa lo que, a su vez, deja en absoluta indeterminación el valor que pueda tener en el futuro. «Sobre la Unificación del Derecho Privado Patrimonial en Europa», en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, pág. 27, Bosch, 2011.

²⁴ Una aproximación a la evaluación que del CFR hace el Ministerio de Justicia español la lleva a cabo Javier GÓMEZ GÁLIGO en «La repercusión en Derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual europeo», en *Derecho Contractual europeo*, Bosch, 2009.

²⁵ Antonio PAU PEDRÓN, *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, pág. 27 y sigs. y 313. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

²⁶ La Comisión desea dar un nuevo impulso a la armonización y plantea ya, tras la medida en materia de acceso transnacional, el segundo escalón en la interacción de los Registros Mercantiles en Europa, la interconexión entre los Registros. Véase, a este respecto, el Libro verde de la Comisión: Interconexión de los Registros Mercantiles {SEC(2009) 1492}. Un paso adicional será el de la interconectividad de los Registros Mercantiles europeos (véase el proyecto BRITE). Todos ellos ponen de manifiesto el camino a seguir en materia de propiedad.

²⁷ Que daba continuidad a las conclusiones y recomendaciones del denominado Forum Group que inició sus trabajos en 2003, todo lo cual demuestra que el interés de la Comisión por la cuestión de los mercados de crédito inmobiliario se ha prolongado durante más de una década.

²⁸ *Hidden charges* en la versión inglesa, o cargas ocultas, traducción mucho más acorde con las inquietudes de la industria y con los trabajos llevados a cabo durante años.

²⁹ http://www.elra.eu/?page_id=186

³⁰ Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas. COM(2010)348 final.

³¹ La 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, deja fuera de su ámbito en su artículo 1.2.b) al registro de bienes inmuebles o muebles y a la transmisión de bienes inmuebles. Por su parte la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final, deja expresamente fuera de su ámbito de cobertura a los contratos: de venta de bienes inmuebles o que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, salvo el alquiler y los trabajos relativos al inmueble (art. 20.1.a)

³² Reiner SCHULZE, «Contours of European Private Law», pág. 23. En la obra, *European Private Law. Current Status and Perspectives*, Sellier, 2011.

³³ Sergio CÁMARA LAPUENTE, *Registration of Interests as a formality of contracts: Comparative remarks on Land Registers within the frame of European Private Law. European Review of Private Law*, 6-2005, pág. 826.

³⁴ Algunos autores se expresan con gran énfasis: «Resulta patente la necesidad de unificar el sistema de transmisión de la propiedad en los Estados de la UE aunque sea difícil». María del Rosario DÍAZ ROMEO, *La transmisión de la propiedad de bienes muebles en el Derecho Privado europeo. Noticias de la Unión Europea*, septiembre de 2011.

³⁵ Por tratarse de una cuestión «política», Sixto SÁNCHEZ LORENZO considera que se trata de una cuestión «coyuntural». «La unificación del Derecho Contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea», en *Derecho Contractual Europeo*, pág. 90.

³⁶ Algún autor no ha dudado en afirmar que la posibilidad de una armonización del Derecho sustantivo es poco menos que una utopía. A lo más podría extenderse a inmuebles la prolija legislación europea en materia de protección de consumidores de bienes muebles. Sergio CÁMARA LAPUENTE, obra citada.

³⁷ Del ansia científica por procurar una armonización en la materia es buena prueba la propuesta de Pedro DE PABLO CONTRERAS, Isabel DE LA IGLESIA MONJE y Francisco Javier ORDUNA MORENO, que incluso proponen un texto articulado de contenido jurídicamente basado en los máximos efectos posibles del Registro en Europa. «La convergencia de los sistemas registrales europeos: una propuesta de armonización», en *Los sistemas de transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Civitas, 2009.

³⁸ Pueden verse las consecuencias que para el Registro de la Propiedad tiene la Directiva, en *Correspondencia registral de algunos conceptos básicos de la Directiva INSPIRE*. Óscar VÁZQUEZ ASENJO, *Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 18.

³⁹ Ya existe una iniciativa al respecto, el denominado proyecto CROBECO, iniciativa que está llevando a cabo la asociación de registro europeos, ELRA, con respaldo de la Comisión.