

Protección inmobiliaria y Comunidad Europea (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA COMUNIDAD EUROPEA.—II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO: A) CONCEPTO DE DERECHO COMUNITARIO. B) FUENTES DE DERECHO COMUNITARIO: 1. *Derecho originario*. 2. *Derecho derivado*: 2.1. Reglamento. 2.2. Directiva. 2.3. Decisión. 2.4. Recomendación y dictamen.—3. *Principios generales del Derecho*. 4. *Jurisprudencia comunitaria*.—C) DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO: 1. *Derecho comunitario y Derecho estatal*. 2. *Derecho comunitario y Derecho autonómico*.—D) JERARQUÍA NORMATIVA. E) EL TRIBUNAL EUROPEO.—III. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD: A) LAS LIBERTADES COMUNITARIAS. B) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMUNITARIOS. C) EL DERECHO COMUNITARIO DE PROPIEDAD. D) EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO INTERNO: 1. *El derecho constitucional de propiedad*: 1.1. El derecho de propiedad en el Código Civil. 1.2. El derecho de propiedad en el Ordenamiento histórico. 1.3. El derecho de propiedad en la Constitución de 1978.—2. *El contenido del derecho de propiedad*: 2.1. La ruptura del concepto de propiedad. 2.2. La propiedad urbana. 2.3. La propiedad rústica.—E) Los LÍMITES COMUNITARIOS DEL DERECHO INTERNO.—IV. LOS PROGRAMAS DE ACTUACION DE LA CE EN MATERIA AGRICOLA, DE MEDIO AMBIENTE Y DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES: A) LA ACTUACIÓN DE LA CE SOBRE LA PROPIEDAD RÚSTICA. B) LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DEL MEDIO AMBIENTE. C) DERECHO COMUNITARIO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.—V. LA PROPIEDAD URBANA.—VI. EL CONSUMIDOR Y SU ENTORNO: A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. B) EL DERECHO DE CONSUMO. C) LA PROTECCIÓN INMOBILIARIA DE LOS CONSUMIDORES: 1. *La información como medida cautelar*. 2. *El principio registral de información*.—VII. EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONSTRUCCION.—VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSTRUCTORES.—IX. LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE CONSTRUCCION.

(*) Curso de Postgrado sobre Derecho de la construcción, Universidad de Deusto, Facultad de Derecho (4-2-1993).

El contenido del presente estudio se complementa, desarrolla y amplía, con sus referencias bibliográficas, en mi libro *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea* (ed. Colegio de Registradores, 1994).

A Antonio Bartolomé Martínez, Registrador de la Propiedad, generosa muestra de profesionalidad y desinterés.

A Angel Sanz Iglesias, Notario, paciente maestro en la enseñanza del Derecho inmobiliario.

PRESENTACION

En el pasado verano visité el Santuario de Loyola y el caserío del Padre Gárate y, admirando su obra, me sugirió el paralelismo que existe entre la construcción de la Unión Europea o los Estados Unidos de Europa —si se prefiere esa expresión—, que debe respetar la identidad de cada Estado miembro, y el acoplamiento de la Torre de Oñaz dentro de la estructura general del Santuario, como modelo inevitable de la Europa unida, donde, a diferencia del caserío del Padre Gárate, que se sitúa cerca del entorno, la torre forma parte del conjunto arquitectónico.

El plan que va a seguir esta exposición es el siguiente. En primer lugar, trataré de la organización y funcionamiento de las CCEE (hoy CE). En segundo término, de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno. Y por último, me ocupo de la aplicación del Derecho comunitario a determinados sectores de la actividad económica, fundamentalmente el derecho de propiedad como base jurídica del Derecho de la construcción, obviando el análisis en profundidad de aquellos aspectos del Derecho interno que trato en otros estudios y que son objeto de exposición, dentro de este Curso, por distintos profesores y juristas.

Finalmente, antes de comenzar, debo agradecer al profesor LLEDÓ YAGÜE, Decano de la Facultad de Derecho y Director de este Curso, y con él a la Universidad de Deusto, la deferencia de haberme invitado a participar en el mismo. Agradecimiento que es doble. Por un lado, mi presencia aquí, en esta prestigiosa Universidad, y, por otro, el importante reto de que mi intervención les sea de utilidad, como para mí su estudio ha sido, ya que es la primera vez que me ocupo del Derecho comunitario en materia inmobiliaria. Asimismo, mi agradecimiento se hace extensivo a nuestro compañero y buen amigo, JUAN ALFONSO FERNÁNDEZ NÚÑEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao, *causa causae*.

I. INTRODUCCION. LA COMUNIDAD EUROPEA

El estudio del Derecho comunitario, y particularmente del Derecho comunitario en materia inmobiliaria, debe ir precedido de unas notas intro-

ductorias sobre el origen y funcionamiento de la Comunidad Europea como entidad supranacional generadora de normas jurídicas en sentido estricto. Esto es, de normas capaces de crear derechos y obligaciones para los Estados y los ciudadanos comunitarios. La razón de este planteamiento se fundamenta en sí misma. Y decimos que se fundamenta en sí misma porque la importante novedad que aporta la constitución de las Comunidades Europeas al Derecho internacional clásico es su instauración «artificial» o política. A diferencia de la formación de los distintos Estados soberanos, tal y como hoy se reconocen, y de los tratados que entre ellos firman para regular sus relaciones exteriores, las Comunidades Europeas no suponen ni el establecimiento de una Confederación, ni de una Federación de Estados, ni un Estado unitario, ni tampoco una organización internacional *sensu stricto*. Y si a estas nociones jurídico-políticas se acerca, con ninguna se identifica. Así pues, los conceptos previos no se incardinan en ningún molde preconcebido. Causa ésta por la que la exposición doctrinal de la nueva realidad jurídica, que las Comunidades Europeas comportan, carece de remotos orígenes históricos y se centran en los propios tratados institutivos de la misma. Ahora bien, como expondremos, ello no quiere decir que no se pueda aventurar algunos precedentes históricos de esta situación, dentro, incluso, de nuestro propio Derecho. Pero veamos antes cuáles son las notas características de su organización y funcionamiento: 1.^a Pluralidad de Comunidades. 2.^a Ausencia de «división de poderes». 3.^a Autodefinición de competencias. 4.^a Integración sucesiva.

1.^a Pluralidad de Comunidades

La primera característica que hemos destacado es la pluralidad de Comunidades. Es decir, por su origen, tres son las Comunidades Europeas y tres los tratados institutivos. La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea (CEE o Mercado Común). El Tratado de la CECA se firmó en París el 18 de abril de 1951, y los Tratados de EUROATOM y de la CEE, por su parte, en Roma el 25 de marzo de 1957.

La razón de esta pluralidad obedece a un imperativo práctico, ya que una vez descartada la unión política para la formación de los «Estados Unidos de Europa», propuesta por el plan SCHUMAN, JEAN MONNET y el propio ROBERT SCHUMAN consideraron que, a través de una integración sectorial, «al construir una Europa económica se construía al mismo tiempo la Europa política». Se partía así de tres sectores: el carbón y el acero, la energía atómica y el mercado común, que implicaría la unión aduanera, la libre circulación de factores de producción y la protección de la libre

competencia, a la vez que se emprendían determinadas políticas económicas generales y sectoriales comunes (agricultura, transporte...).

De esta forma, habiéndose optado por lo que denomina el profesor ISAAC «funcionalismo» o integración paulatina, se aplaza, con buen criterio práctico, la unión política de los Estados comunitarios, provocando la previa unión económica, mediante la apertura de distintos períodos de armonización.

Este sistema, tal y como estaba previsto por sus mentores, sin desdeñar las dificultades de la instauración sucesiva de ese Estado europeo, ha arrasado dos nuevas fases de desarrollo por medio del Acta Unica Europea de 28 de febrero de 1986 y del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, que prepara, a través de la unión económica y monetaria, el camino de la unión política, que supondrá el fin de esa pluralidad de Comunidades, de tal suerte que el término Comunidad Económica Europea da paso al de Comunidad Europea. No obstante, la técnica seguida en Maastricht es la misma del Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965. Es decir, se mantiene la yuxtaposición de los tres tratados institutivos, sin llegar a su fusión.

2.^a Ausencia de «división» de poderes

La segunda característica de las Comunidades Europeas, que denominamos ausencia o desconocimiento del principio teórico de «división de poderes», la aporta su singular estructura. Las Comunidades se organizan a través de cuatro instituciones básicas: la Asamblea, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia de cada Comunidad, si bien siempre existió una Asamblea única, el Parlamento Europeo, y un sólo órgano judicial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), fue necesaria, por razones operativas, la ulterior refundición de las Comisiones y Consejos mediante el Tratado de Bruselas, estableciéndose un Consejo y una Comisión para las tres Comunidades. Y la novedad caracterizadora estriba en que la denominación no se corresponde con el dogma de la división de poderes, imperante a partir de MONTESQUIEU. El Parlamento no tiene funciones legislativas. El Consejo no se identifica exclusivamente con el poder ejecutivo, que comparte con la Comisión, ya que en él reside el poder legislativo. Y el Tribunal de Justicia es algo más que un estricto poder judicial, pues participa directamente en la creación del Derecho comunitario. Esta situación que excede de todo apriorístico parangón, sin embargo, sí presenta cierta analogía con un precedente histórico, la organización de la Monarquía española durante el Antiguo Régimen. En España, en efecto, existían unas Cortes que no legislaban, una pluralidad de Consejos con funciones ejecutivas y normativas e incluso judiciales, Audiencias y Reales Chanci-

Herías con posibilidad de recurso ante un único Tribunal e, incluso, una Comisión para asuntos de interés general, el Consejo de Estado. Ahora bien, establecido este cierto paralelismo, pasemos a estudiar las distintas atribuciones de estos órganos, que, como indica el profesor ISAAC, mal se presta a una exposición sistemática por la profusión de disposición que atribuyen las competencias:

— El Consejo

El Consejo «representa los intereses de los Estados» y «acumula el poder legislativo y el poder gubernamental», siendo sus atribuciones características el dictado de directivas y reglamentos «directamente aplicables a los particulares», la definición de la «política común», la iniciativa y representación en las relaciones exteriores, la redacción del proyecto de presupuestos comunitarios y la coordinación entre los Estados miembros, sin entrar ahora en sus funciones de consulta y tutela que le atribuye algún tratado (CECA).

— La Comisión

La Comisión, por su parte, tiene «asignada la representación autónoma del interés común», «es decir, el de la Comunidad». Es el «órgano revolucionario —según el profesor ISAAC— del sistema comunitario», «al que la práctica —también— más ha delimitado». Sus atribuciones son: velar por la aplicación de los tratados y de las normas emanadas en su ejecución, formular recomendaciones y dictámenes, ejercitar su poder de decisión propio, participar en la formación de los actos del Consejo y de la Asamblea y hacer efectivas las competencias que el Consejo le confiere para el ejercicio de las reglas que establece. Atribuciones que el profesor ISAAC sistematiza en las siguientes:

1.^a La Comisión es *guardiana de los tratados*, salvaguardando el *acervo comunitario*, esto es, «el respeto de los tratados y de los actos de las instituciones». Y en su ejercicio, la Comisión tiene poderes de información y prevención, de perseguir las infracciones estableciendo sanciones y decidir acerca de las cláusulas de salvaguarda de los tratados a efectos de la adopción de las medidas derogatorias oportunas.

2.^a La Comisión es *órgano de iniciativa*, y como tal le corresponde hacer proposiciones como motora de la integración europea e interviene directamente en el «poder normativo del Consejo», ya que éste decide previa proposición de la Comisión.

3.^a La Comisión es el *órgano de ejecución* de los tratados y de los actos de los Consejos, y así goza de poder normativo subordinado en cuanto, por delegación del Consejo, adopta «medidas de ejecución de alcance general» y «particular», esto es, normas de desarrollo de los «reglamentos de base» y decisiones sobre gestión administrativa, políticas comunitarias y gestión financiera.

— El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo, denominación que recibe la Asamblea de que hablan los tratados, es el órgano de representación de los «pueblos de los Estados» miembros y dista, hoy por hoy, como hemos observado, de ser un verdadero Parlamento. Sus atribuciones son el control político del Consejo y de la Comisión por medio de debates, preguntas y mociones de censura; el poder presupuestario a través de enmiendas, de la aprobación del dictamen definitivo o del rechazo del presupuesto; la facultad de aprobar la gestión de la Comisión, y un cierto poder legislativo que ejercita mediante los procedimientos de consulta, concertación y cooperación. Atribuciones a las que cabe añadir la de información en materia de relaciones exteriores. Y, a partir de Maastricht, la *codecisión*.

— El Tribunal de Justicia

Siendo el Tribunal de Justicia uno de los medios de consolidación y desarrollo de las Comunidades Europeas, son sus atribuciones contenciosas, prejudiciales y consultivas, con las que participa, como veremos, de un poder legislativo residual en cuanto interpreta extensivamente los tratados y aplica una serie de principios propios de un ordenamiento jurídico completo.

Ahora bien, la acumulación de trabajo, que va produciéndose de forma paulatina y simultánea al proceso comunitario de ampliación y de integración, aconsejó en su día la creación de otro órgano judicial, el denominado Tribunal de Justicia de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Y así los artículos 11 y 12 del Acta Unica Europea modifican los artículos 168 y 188 del Tratado de la CEE, relativos, como es de suponer, al Tribunal de Justicia. Sus competencias se circunscriben a los recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas, excluyendo, en consecuencia, los promovidos por los Estados miembros, por las instituciones comunitarias y por los Jueces nacionales con carácter prejudicial (ex art. 177 TCEE).

Finalmente, por lo que a este apartado se refiere, podemos apuntar la existencia de un *Consejo Europeo* y de un Tribunal de Cuentas. El Consejo

Europeo, descartando toda referencia a este último Tribunal, es un órgano, según ISAAC, «paracomunitario» y suscita una observación terminológica. Son tres los Consejos de que vamos a tratar: El Consejo de las CCEE o Consejo de Ministros, institución comunitaria; el Consejo Europeo o Consejo paracomunitario, y el Consejo de Europa, que con el Tribunal de Justicia y el Parlamento de Estrasburgo son ajenos a las CCEE.

El Consejo Europeo, nacido de una iniciativa política, ha quedado consagrado por el Acta Unica Europea en su artículo 2, sin atribución de específicas competencias; como indica ISAAC, sigue rigiéndose por la Declaración solemne de Stuttgart sobre la Unión Europea y atiende a la cooperación política mediante la reunión, dos veces al año —al menos—, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados comunitarios. El Tratado de Maastricht, por su parte, remarca esta función.

3.^a Autodefinición de competencias

La tercera de las características apuntadas es la autodefinición de competencias, y supone ésta que si bien las competencias de las Comunidades son de *atribución*, «es decir, que sus actividades pueden y deben desplegarse en cierto número de campos "limitativamente" determinados por los tratados», las competencias *específicas* asignadas son de hecho desarrolladas a través de la *reserva de competencias subsidiarias y de las competencias implícitas*. Así, y al menos en el ámbito de las competencias específicas atribuidas, su extensión y límite se autodefinen por el Tribunal de Justicia, realidad que ha provocado la expansión paulatina de las mismas. Pero analicemos el supuesto.

Las Comunidades tienen personalidad jurídica y plena capacidad de obrar; sus competencias, desde un punto de vista formal, son de control y de acción, abarcando tanto el campo interno como el internacional. Y desde el aspecto sustantivo, gozan las Comunidades de competencias específicas, subsidiarias e implícitas.

A pesar de ser las competencias de las Comunidades de carácter específico, no existe una relación de las mismas, siendo en realidad su enumeración resultado «de la suma de poderes de acción estrecha y limitadamente atribuidos», por lo que este método «puede conducir a veces a un potencial de competencias normativas prácticamente ilimitado», por lo que se provoca la concurrencia entre las competencias comunitarias y estatales en las materias que son objeto de tratamiento comunitario, con los problemas que conlleva. La actuación sectorial, pues, tiende a ser completa, sin perjuicio, como veremos, de la necesaria aprobación por los Estados de la normativa de desarrollo o de ejecución en un buen número de supuestos.

Esa vocación de integridad y de plenitud del ordenamiento jurídico comunitario, en orden a la consecución de los fines que atienden los tratados, supuso la necesidad de definir el *principio de subsidiariedad*, ya que, en otro caso, el carácter atributivo de las competencias funcionales de las CCEE hubiera provocado la inoperatividad de las competencias materiales, y para colmar esa laguna los artículos 235 de la CEE y 203 de la CEEA estipulan: «Si una acción de la Comunidad aparece necesaria para realizar, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes de acción requeridos a este efecto, el Consejo, decidiendo por unanimidad sobre las proposiciones de la Comisión y después de consultar a la Asamblea, toma las disposiciones oportunas».

Las competencias *implícitas*, aplicación de la teoría —propia del Derecho público— de los poderes implícitos, que supone la transmisión con las competencias de los medios con que contaba el órgano transferente para su virtual ejercicio, tiene su origen, para este nuevo ámbito, en la jurisprudencia internacional, «que terminó por admitir la atribución de nuevas competencias y funciones en la medida en que éstas son necesarias para la realización de objetivos fijados por el acta constitutiva». El TJCE, por su parte, ha reconocido, a partir de la Sentencia de 29 de noviembre de 1956, la *validez* de esta teoría, con notable aplicación en materia de relaciones exteriores, en la creación de los Comités de gestión o de reglamentación, en la adopción de decisiones *sui generis* —balances, programas...— y en la rápida publicación de reglamentos urgentes.

Ahora bien, la incardinación de este grupo de competencias dentro de la estructura funcional de los Estados miembros hace imprescindible abordar, con el profesor ISAAC, el problema de las competencias reservadas a éstos, las competencias concurrentes y las competencias comunitarias exclusivas.

Las *competencias reservadas* a los Estados son todas aquellas, en principio, no atribuidas expresamente a las Comunidades. Esta definición positiva de las competencias comunitarias debe ser entendida sin perjuicio «de las incursiones de la competencia comunitaria —en terminología del propio TJCE— en las soberanías nacionales, donde son necesarias para que por el hecho de los poderes retenidos por los Estados miembros el efecto útil del Tratado no se vea muy disminuido y su finalidad comprometida», cifrándose el «deber de colaboración», siguiendo al profesor ISAAC, en mucho más que la simple adopción de medidas de ejecución para asegurar la eficacia del Derecho comunitario.

Con el nombre de «competencias *concurrentes*», por su parte, se refiere ISAAC a aquel grupo de competencias exclusivas de las Comunidades que, en tanto no se ejercitan, permiten a los Estados miembros legislar sobre la

materia para evitar el «vacío jurídico» que en otro caso se produciría, habida cuenta de que la implantación del Derecho comunitario se produce progresivamente. Disposiciones que quedarán «desplazadas» una vez que las Comunidades regulen la materia. Este efecto descrito es el mismo que el que se produjo en el Ordenamiento español con la transferencia de competencias exclusivas a las Comunidades Autónomas, aunque, terminológicamente, nosotros denominamos «competencias concurrentes», siguiendo el hilo expositivo de MUÑOZ MACHADO, a aquellas «compartidas» de hecho entre el Estado y las CCAA. Es decir, que las competencias «exclusivas» devienen «compartidas» cuando el Estado ejercita un título competencial genérico —planificación económica, por ejemplo— en una materia «conexa».

Sobre las competencias *exclusivas*, indica ISAAC que se ha llegado por el TJCE a declarar una materia como competencia exclusiva de las Comunidades a partir de cierto plazo, aunque no hayan dictado disposiciones éstas y mientras tanto sigue en vigor la normativa estatal, llegándose, incluso, en política comercial común, si no a una «redelegación competencial», a una habilitación específica.

4.^a Integración sucesiva

La cuarta y última característica, por fin, era la integración sucesiva de las legislaciones de los Estados miembros, imperativo necesario de la concepción de las Comunidades como Estado en formación que, paso a paso, camina hacia la unión política, siendo el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht el último paso que se intenta dar, donde la Comunidad Económica Europea, nacida de uno de los tres Tratados institutivos, pasa a denominarse, a la vez que absorbe un nuevo cometido, Comunidad Europea, sin cualificación estrictamente social y económica.

II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

Como puede deducirse de lo que antecede, reviste especial importancia el estudio de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno de los Estados miembros o, mejor aún, si cambiamos de óptica en la visión de este problema, la incidencia del Derecho interno en el ordenamiento comunitario, ya que por razón de esa «atribución constitucional de competencias», y al menos en cuanto a éstas, el Derecho estatal adopta caracteres de Derecho «residual» y «complementario».

Dice MOLINA DEL POZO «que el Derecho comunitario está constituido propiamente por un conjunto de reglas que determinan la organización, las competencias y el funcionamiento de las Comunidades Europeas». Conjunto de reglas que suponen, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «un orden jurídico propio», «distinto del internacional y del interno de cada Estado miembro», «e integrado en el sistema jurídico» de éstos. Y se trata, además, de un orden u ordenamiento jurídico «nuevo», en cuanto «regula los poderes, derechos y obligaciones de —los— sujetos —a quienes se le aplica—, así como los procedimientos necesarios para comprobar y sancionar toda violación eventual». Lo que supone, en palabras del profesor ISAAC, remarcar la «autonomía» y la «originalidad» de este sistema jurídico.

Ahora bien, la propia naturaleza, «autonomía» y «originalidad» del Derecho comunitario nos impone el análisis de sus límites externos e internos, de una parte, y el de sus relaciones con el Derecho internacional, de otra, para pasar al problema de su articulación práctica —ciertamente compleja— en cuanto alteración del ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Cuestiones que pasamos a abordar.

A) CONCEPTO DE DERECHO COMUNITARIO

Si el Derecho comunitario, como indica la doctrina, es un Derecho nuevo, carente, pues, de precedentes históricos directos, su definición, por imperativos de técnica jurídica, debe ser *negativa*, de una parte y en tanto se deslinda su ámbito de actuación singular frente a otros Derechos, y *positiva*, de otra, en cuanto muestra su estructura y funcionamiento. Al menos, claro está, que optemos por un concepto indefinido y abstracto.

En cualquier caso, según advertíamos, dos notas definen al Derecho comunitario. Primera, el Derecho comunitario no es Derecho internacional, y, segunda, el Derecho comunitario tampoco es Derecho interno de cada Estado miembro.

B) FUENTES DE DERECHO COMUNITARIO

Distintas son, como cabe suponer, las clasificaciones que hacen los diversos autores de las fuentes del Derecho comunitario, si bien todas giran en torno a los conceptos Derecho originario, Derecho derivado, principios generales, jurisprudencia comunitaria y Derecho internacional. Así, LOUIS habla de «constitución comunitaria», Derecho derivado —que incluye los actos típicos y los innominados—, Derecho internacional y principios ge-

nerales del Derecho. CEREXHE, por una parte, distingue entre fuentes obligatorias, fuentes no obligatorias, fuentes *sui generis* y fuentes **supletorias**. ISAAC, por otra, sistematiza la materia en tratados comunitarios, Derecho comunitario derivado, Derecho surgido de los compromisos exteriores de las CCEE, fuentes complementarias y fuentes no escritas. MASIDE MIRANDA, sin embargo, clasifica las fuentes en Derecho primario —los Tratados—, Derecho derivado —los Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes— y Derecho complementario —la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales y el Derecho internacional.

MOLINA DEL POZO, por su parte, en base a la eficacia de la norma, adopta la clasificación de CEREXHE y presenta un genérico esquema de gran utilidad práctica:

1.º *Fuentes obligatorias:*

- a) Derecho originario: Tratados fundacionales y tratados modificativos y complementarios.
- b) Derecho derivado:
 - a') Tratado CECA: Decisiones, Recomendaciones y Decisiones individuales.
 - b') Tratado CEE y EURATOM: Reglamentos, Directivas y Decisiones.
- c) Actos convencionales: Convenios concluidos por los Estados miembros en aplicación de una disposición de los Tratados; Convenios concluidos por los Estados miembros, no previstos por los Tratados, pero cuyo objeto aparece estrechamente ligado a su ejecución; decisiones de los representantes de los Gobiernos de cada Estado miembro reunidos en el seno del Consejo, y acuerdos concluidos entre la Comunidad y terceros Estados.
- d) Principios generales de Derecho comunitario.
- e) Jurisprudencia del TJCE.

2.º *Fuentes no obligatorias (Derecho derivado):* Dictámenes (Tratados CECA, CEE, EURATOM) y Recomendaciones (Tratado CEE y EURATOM).

3.º *Actos «sui generis»:*

- a) Obligatorios: Reglamentos de régimen interno y Decisiones que no tienen destinatario.
- b) No obligatorios: Resoluciones, Informes, Declaraciones y Programas de acción común.

- 4.º *Fuentes complementarias*: Derecho supletorio (Derecho internacional público y Derecho nacional de los Estados miembros), Principios generales del Derecho, Costumbre y Doctrina científica.

1. *Derecho originario*

El Derecho originario viene constituido por los tres tratados institutivos de las CCEE y sus respectivas modificaciones, «que configuran la *norma suprema* que regula la convivencia en el marco comunitario, suponiendo, al igual que las Constituciones de cada uno de los Estados miembros, el fundamento jurídico de un *orden jurídico autónomo*». Son los Tratados las «*fuentes originarias* tanto de las instituciones como de las competencias y de los poderes comunitarios, en cuanto que constituyen la carta fundamental de las Comunidades». Su *primacía*, frente a las restantes fuentes, está fuera de duda, y garantiza la virtualidad práctica de esta afirmación el propio TJCE.

Ahora bien, su fuerza obligatoria se potencia, además, por medio de otras dos características de los Tratados, consecuencia de los conceptos doctrinales de «aplicación directa» y «efecto directo», elaborados conforme a la jurisprudencia comunitaria. Los Tratados, por un lado, son susceptibles de *aplicación directa* en cuanto sus disposiciones sean de tal naturaleza que no necesiten de ulterior delimitación y desarrollo. Los Tratados, por otro, producen «efecto directo» en la medida en que una norma en ellos contenida pueda invocarse ante los Tribunales por los ciudadanos comunitarios.

2. *Derecho derivado*

Denominamos, por su parte, Derecho derivado al derecho dictado en ejecución y desarrollo de los Tratados o Derecho originario, y singularmente en aplicación de los fines específicos de las CCEE, como comunidad en constante fase de integración, pues si existe un modelo de Estado en formación éste es el de las CCEE, donde su carta constitutiva no determina una forma de organización estática, sino, antes y al contrario, una comunidad dinámica de destino. Y ese destino último no es otro que la Unión Política, la creación, en definitiva, de un Estado soberano.

Las formas jurídicas que con distinto alcance y eficacia adopta el Derecho derivado, se recogen en los artículos 189, 161 y 14 y 33 de los Tratados de la CEE, del EURATOM y de la CECA, respectivamente. Y dice el artículo 189 del «Tratado general»: «Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, toma-

rán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El *reglamento* tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La *directiva* obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La *decisión* será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las *recomendaciones* y *dictámenes* no serán vinculantes».

Así, de esta manera, podemos señalar que el Derecho derivado se integra por reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, normas jurídicas dotadas de fuerza obligatoria, a excepción de las dos últimas, con la importante matización que hace el profesor ISAAC: «la naturaleza de un acto no depende de —la denominación atribuida— por la autoridad que lo ha realizado, sino que de su objeto y de su contenido en relación con las definiciones que aporta el Tratado», reservándose el TJCE «el derecho de proceder a su *recalificación*».

El artículo 189, en cuanto artículo base de las disposiciones normativas de las CCEE, presenta, si lo relacionamos con otros del mismo texto legal —siguiendo a MASIDE—, como notas principales: el establecimiento de un sistema de *numerus apertus* (ex art. 173 TCEE), ya que el TJCE al aplicar o interpretar el Derecho comunitario debe tener en cuenta tanto las normas escritas como las no escritas; «las instituciones comunitarias no disponen de un poder general para adoptar todos los actos necesarios para realizar los objetivos de los Tratados», y «sólo pueden ejercer este poder en el caso de que éstos lo hayan previsto»; los actos que el artículo 189 define legalmente son actos funcionales, que difieren de las normas de carácter interno u organizativas; el artículo 189 no establece la jerarquía formal de las fuentes comunitarias; y el artículo 189, finalmente, atribuye «un auténtico poder normativo» a la Comisión y al Consejo.

2.1. Reglamento

El reglamento es «la principal fuente de Derecho derivado» y «expresa, por excelencia, el poder legislativo de las Comunidades». Su equiparación terminológica dentro del Derecho interno debemos encontrarlo en la *ley ordinaria*. Son sus características principales las siguientes:

- 1.^a Es una norma de alcance general, dotada de eficacia *erga omnes*.
- 2.^a Es obligatoria en todos sus elementos.

3.^a Es directamente aplicable en todo Estado miembro y se aplica —por igual— a los Estados miembros y a los ciudadanos.

Los reglamentos, finalmente, hemos de señalar, entran en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades* —salvo que fijen otra fecha— y responden, desde el doble aspecto formal y material, a tres categorías instrumentales. La primera es la general o tipo, que precede: el reglamento es una norma aplicable directamente y completa, habilitada para ser el medio unificador del Derecho comunitario aplicable por igual a todos los Estados miembros. La segunda y la tercera son complementarias entre sí y responden a una determinada forma de legislar: la norma se dicta en dos momentos. Es decir, el reglamento «completo» resulta de una actuación sucesiva del Consejo o del Consejo y de la Comisión —por delegación expresa— mediante el dictado de un *reglamento-base* y un *reglamento de ejecución*, de tal suerte que el reglamento-base debe recoger «los principios esenciales llamados a ser desarrollados ulteriormente».

2.2. Directiva

Tal vez, para entender mejor la virtualidad de las directivas comunitarias, baste con utilizar el término *ley de bases* o ley-marco. Así, equiparado el reglamento con la «ley ordinaria», dictada por un órgano con competencia exclusiva, la directiva encaja en lo que suele denominarse, dentro del constitucionalismo español, ley de bases, donde el desarrollo y ejecución compete a otro órgano con poder legislativo.

Las directivas son «actos» de ámbito especial, no susceptibles de aplicación directa —por contraposición a los reglamentos— y obligatorios —igual que éstos—. Sin embargo, ello no supone que estén desprovistas en determinados supuestos de efecto directo, es decir, de ser susceptibles de aplicación sin norma de desarrollo y precisamente para que el Estado que omite ese desarrollo no evite el efecto útil de la norma.

En general, puede decirse con MASIDE que la directiva «requiere intervención normativa de los Estados miembros», sus destinatarios pueden ser todos —o algunos— de los Estados, entra en vigor desde su notificación en el plazo establecido y es el único instrumento «que las instituciones comunitarias pueden utilizar en determinadas materias: libertad de establecimiento, circulación de capitales, armonización de legislaciones...» La directiva —señala MASIDE— establece «una obligación de resultado», esto es, el cumplimiento de un fin comunitario.

La directiva, por otro lado, es seguramente la norma comunitaria más compleja e interesante en cuanto es susceptible de desarrollo y ejecución

por distintas vías, siempre que el fin comunitario se cumpla, siempre que el «resultado» dentro de su ámbito territorial sea el mismo. Sin embargo y a pesar de su posible aplicación directa, esta situación no deja, según advierte el profesor ISAAC, «patología», siendo caracterizada por tres notas distintas: 1.^a Aplicabilidad directa excepcional; 2.^a Aplicabilidad directa limitada, y 3.^a Aplicabilidad directa contestada.

2.3. Decisión

La decisión es «un acto normativo individual —motivado— que puede estar dirigido a un Estado, a una persona física o a una persona jurídica». Y como tal «acto normativo individual» es de carácter obligatorio y exige la previa notificación a su destinatario, siendo susceptible de producir «efecto directo» y «efecto útil».

2.4. Recomendación y dictamen

Si en algo se caracterizan las recomendaciones y dictámenes es en el propio dictado del artículo 189 del Tratado de la CEE, esto es, en su naturaleza del «acto no vinculante». Se trata, pues, de dos fuentes «no obligatorias», en terminología de MOLINA DEL POZO. NO son fuentes del Derecho, apunta ISAAC, en sentido estricto.

3. Principios generales del Derecho

Como indica MASIDE, la condición de «ordenamiento autónomo» del Derecho comunitario, «que responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea», advoca, necesariamente, a la aplicación —por el TJCE— de los principios generales del Derecho como fuente supletoria de segundo grado, dentro del denominado Derecho «complementario». Ello supone, de una parte, su indefinición apriorística, siguiendo la tónica de cualquier ordenamiento jurídico, y, de otra, su elaboración jurisprudencial, basada en la casuística de los recursos que resuelve.

Dentro de los principios generales del Derecho, susceptibles de aplicación en el ámbito comunitario, pueden distinguirse, siguiendo al profesor ISAAC, tres distintas clases de principios, según nos refiramos a los principios comunes a todos los sistemas jurídicos, nacionales e internacionales, a los principios del Derecho internacional público o a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Pues bien, el TJCE «se

inspira principalmente» en estos últimos, ya que los primeros presentan dificultades de identificación y los segundos son contrarios a la esencia del Derecho comunitario, salvo en materia de tratados internacionales contradictorios. Y esta inspiración no supone en modo alguno la exclusiva aplicación de los principios comunes ni el acatamiento de éstos en toda su extensión y efectos. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin perjuicio de analizar los distintos ordenamientos de los Estados miembros, en busca de esa comunidad jurídica europea, recoge principios de un sistema cualquiera de los existentes y los adapta al orden comunitario, con arreglo a su propia naturaleza autónoma.

4. *Jurisprudencia comunitaria*

Dadas las características del Derecho comunitario, y de forma particular la autodefinición de competencias de las CCEE y la integración sucesiva de los Estados miembros en ese nuevo orden jurídico, la misión reservada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es de tal importancia que puede considerársele *órgano legislativo*, en cuanto es capaz de crear derecho. El profesor ISAAC, cuando se ocupa del estudio de las «fuentes no escritas del Derecho comunitario», destaca esta capital relevancia jurídica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los siguientes términos: «la jurisprudencia ocupa —por contraposición a la costumbre— un lugar considerable entre las fuentes de Derecho comunitario. A la aptitud del orden jurídico comunitario para acoger el Derecho comunitario... corresponde, en efecto, la aptitud no menos notable del Tribunal de Justicia de crear derecho. El ejercicio por el Tribunal de esta *misión normativa* se singulariza especialmente por la utilización de métodos de interpretación muy dinámicos, así como por un amplio recurso a los principios generales del Derecho».

C) DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO

Si, en palabras de FERNÁNDEZ COSTALES, «el hecho de la incorporación de España como miembro de la Comunidad Europea implica la apertura del ordenamiento jurídico español a la totalidad del ordenamiento comunitario, que ha de ser plenamente asumido por todo nuevo Estado miembro en virtud del principio de aceptación del acervo común y supone, en consecuencia, una penetración en nuestro ordenamiento jurídico de un conjunto de normas y de sentencias emanadas de las instituciones comunitarias europeas que producen eficacia y sientan jurisprudencia por el ingreso en la

Comunidad Europea, sin que sea necesario un acto de homologación legislativo o judicial por las correspondientes instituciones» «españolas», la incidencia del Derecho comunitario en nuestro Derecho interno no debe ser ponderada, ya que, en cierta forma, se produce la «retroacción» de nuestro ordenamiento al momento en cada norma jurídica o cada sentencia fue dictada sin que el espacio temporal que media entre la constitución de las Comunidades Europeas y la adhesión española suponga la ralentización de nuestra incorporación, pasando por las mismas fases evolutivas que hubieron de superar los primeros Estados constituyentes. La atribución de competencias soberanas que el Estado hace a las CCEE no marca, pues, el momento en que se inicia su ejercicio mediante esta nueva fórmula de compartir los poderes nacionales, sino que se retrotrae al tiempo del nacimiento de la Comunidad en cuanto el nuevo Estado miembro asume, en su integridad, el ordenamiento jurídico comunitario. Efecto que, obviamente, no deja de producir desajustes, ya que todas esas normas y sentencias se han dictado sin que nuestro Derecho haya servido de punto de referencia y sin que nuestras estructuras se hayan adaptado paulatinamente, dejando a un lado la idiosincrasia y la realidad social a que toda norma responde. Y para evitar precisamente ese efecto «negativo» de la integración, se concede de forma habitual un período transitorio.

La «incidencia», por supuesto, se produce de una forma directa en cuanto el ordenamiento comunitario es, a un tiempo, ordenamiento español. Otra cosa es la necesaria «adaptación» legislativa. El entrecomillado responde a que, en realidad, no cabe hablar de «incidencia» ni de «adaptación», sino de *desplazamiento* normativo y de *legislación de desarrollo y ejecución* de las normas comunitarias «básicas». Desplazamiento, en cuanto las disposiciones de directa aplicación (Reglamentos y Directivas «autosuficientes»), y legislación de desarrollo y ejecución, cuando la norma comunitaria necesita de la intervención de los órganos legislativos y administrativos estatales (Directivas, en general). Ello no quiere decir, para el primer caso, desplazamiento, que el principio de seguridad jurídica no aconseje derogaciones expresas por virtud de la extensión del principio de retroactividad, y para el segundo, desarrollo, que su ausencia impida el «efecto útil» de la disposición comunitaria y, en suma, su invocación directa por los ciudadanos.

El Tratado de Adhesión no sólo supone, según señalábamos antes, la asunción de los Tratados originarios y de los actos adoptados, sino también la recepción del acervo comunitario y, lo que es más, de la propia elaboración doctrinal y jurisprudencial de los conceptos jurídicos comunitarios, que expusimos con anterioridad. Ahora bien, ¿qué debe hacer el intérprete del Derecho ante la complejidad de esta adhesión «a término»? En principio, tendremos que actuar como en el supuesto de las relaciones entre el

Derecho estatal y el Derecho autonómico. Es decir, extraer del supuesto de hecho la competencia, identificar ésta como exclusiva o compartida y localizar las normas reguladoras, partiendo de la base de la distinta naturaleza de la disposición en orden a su aplicabilidad, utilizando la técnica del «desplazamiento» en materia exclusiva y la del «desarrollo y ejecución» en materia compartida, sin olvidar los principios comunitarios que hacen las veces de los de *competencia*, *supremacía* y *supletoriedad* en nuestro ordenamiento jurídico.

Los principios comunitarios, a los que nos referimos, han sido ya reseñados. Se trata de los principios de *aplicabilidad directa* y de *primacía* del Derecho comunitario, correlativos a los de competencia y de supremacía. El de supletoriedad no se enuncia por tratarse de competencias de atribución, las de las CCEE, aunque cuando éstas no han desarrollado alguna de las que le corresponden, el Derecho nacional actúa como *supletorio* del comunitario.

La aplicabilidad directa, observa ISAAC, «implica, en principio, un *efecto positivo* en favor de los particulares, a saber: la posibilidad de salvaguardar sus derechos ante los Jueces de los Estados miembros», y, en segundo término, «un *efecto de sanción* respecto de los Estados miembros que no han tomado las medidas de ejecución requeridas para la aplicación del Derecho comunitario. El *efecto directo* permite, en efecto, a los particulares encontrarse, a pesar de la inercia del Estado, en la misma situación que si éste efectivamente hubiera cumplido sus obligaciones comunitarias». Aplicabilidad directa que con el «refuerzo de la *primacía*» se produce «aun en presencia y no obstante toda norma nacional contraria».

La falta de previsión por parte de los Tratados sobre la extensión y límites de la primacía ha provocado distintas interpretaciones nacionales. El TJCE, en Sentencia de 15 de julio de 1964 (sentencia Costa), resuelve un importante recurso sobre el principio de primacía, en los siguientes términos, siguiendo a ISAAC: 1.º «La aplicabilidad inmediata y directa sería letra muerta si un Estado pudiera sustraerse a ella por medio de un acto legislativo oponible a los textos comunitarios». 2.º «La atribución de competencias a la Comunidad, al limitar de manera correspondiente los derechos soberanos de los Estados», con carácter definitivo. 3.º «La unidad del orden jurídico comunitario, es decir, la indispensable uniformidad de aplicación del Derecho comunitario», no puede depender de un acto legislativo unilateral y ulterior de cualesquiera de los Estados miembros. Y en consecuencia, la «primacía es una condición existencial» (P. PESCATORE) del Derecho comunitario, que no podría existir en tanto derecho sino con la condición de no doblegarse ante el derecho de los Estados miembros. Y la primacía reside en la propia naturaleza intrínseca del Derecho comunitario, de tal forma que «prevalece en su integridad sobre los órdenes jurídicos naciona-

les». Es decir, «frente a todas las normas nacionales», «administrativas, legislativas, jurisdiccionales y aun a nivel constitucional», pero no dentro del «orden jurídico comunitario» como orden jurídico distinto del nacional, sino dentro de éstos, «donde se impone a las jurisdicciones nacionales», de tal suerte que durante la vigencia de la norma comunitaria, al margen de la legislación nacional ulterior, «la regla nacional incompatible es por lo menos *inaplicable*, y prescribe, sin ambages, que las autoridades nacionales —y especialmente el Juez— tienen la obligación de “dejarla sin efecto”».

1. *Derecho comunitario y Derecho estatal*

El problema de la aplicación del Derecho comunitario, no obstante la depurada elaboración doctrinal y jurisprudencial de sus principios rectores, se plantea, de manera inmediata, en torno a su asimilación por parte de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de los Estados miembros, ya que si como tal Derecho comunitario pasa directamente a formar parte de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, su virtualidad va a depender de la actitud adoptada por las mismas en vía no contenciosa. Y ello con independencia del modelo de Estado que cada miembro comunitario constitucionalmente haya adoptado. Sea, pues, un Estado unitario, confederal, federal, autonómico o regional, el Derecho comunitario, como nuevo orden jurídico, será aplicado. Es decir, al margen de la distribución interna de competencias y sin distorsionar su preexistencia, puesto que el sistema de atribución de competencias a las CCEE supone —al menos teóricamente— la cesación de la capacidad legislativa del órgano en que antes del ingreso o adhesión residía.

Ahora bien, todo ello no elimina la necesidad de estudiar el Derecho comunitario desde la óptica del Derecho interno o, en nuestro caso, desde el punto de vista de las relaciones entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico. Así, hemos de tener en cuenta las siguientes consideraciones: 1.^a La legitimidad constitucional del Derecho comunitario, a través de la habilitación del artículo 93 de la Constitución española (CE). 2.^a El Tratado de Adhesión y sus disposiciones complementarias. 3.^a La jurisprudencia constitucional sobre Derecho comunitario. 4.^a La reforma de la Constitución española.

1.^a La legitimidad constitucional del Derecho comunitario, a través de la habilitación del artículo 93 de la Constitución española (CE).

«El gozne que permite la apertura de nuestro sistema jurídico —dice MUÑOZ MACHADO—, originalmente completo y cerrado en sí mismo para

hacer posible el ensamblaje de un ordenamiento externo como es el comunitario europeo, urdido con principios propios, es el artículo 93 de la Constitución. El resorte que este precepto contiene es una *habilitación* para que las Cortes Generales autoricen la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución «supranacional» el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

ALONSO GARCÍA, por su parte, cuando trata de la posición del Derecho interno frente al Derecho comunitario, habla —al efecto— del principio de *implementación*, que extrae del propio artículo 93. El «artículo 93 supone atribución de competencias constitucionales de índole normativa a las Comunidades Europeas, y si el Derecho europeo necesita de ser implementado se recuperan las potestades internas por quien corresponda, pero como Derecho europeo, es decir, sólo en la medida en que efectivamente se trata de implementarlo. O más simplemente, si así se prefiere, "el artículo 93 de la Constitución impone la interpretación conforme al Derecho europeo de todos los preceptos constitucionales relacionados con las competencias cedidas", principio que puede considerarse de rango constitucional como consecuencia de la autorruptura que el artículo 93 supone». Es decir, utilizando esta nueva terminología, de origen anglosajón, destaca que «la función estatal», una vez producida la adhesión, «no es de desarrollo, de ejecución, de aplicación... del Derecho comunitario, sino de implementación del mismo», en cuanto la «habilitación» de la intervención estatal reside, ahora, en él y no en el ordenamiento constitucional interno. Se destaca, pues, la inexistencia de competencias compartidas desde la perspectiva de la atribución. La competencia exclusiva es de las CCEE, sin perjuicio de que obliguen a los Estados miembros a implementar sus disposiciones.

2.^a El Tratado de Adhesión y sus disposiciones complementarias.

La Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, autoriza en sus artículos 1 y 2 la ratificación del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, firmado el 12 de junio de 1985, en los términos del Acta, según hemos expuesto con anterioridad. La Ley Orgánica 47/1985, de 27 de diciembre, por su parte, delega en el Gobierno el deber de aplicación del Derecho de las CCEE, partiendo del presupuesto, como recoge su Exposición de Motivos, de la problemática material que supone el dictado de las leyes necesarias, conforme al artículo 82 de la CE, en un breve espacio de tiempo, dado el contenido del artículo 3 del Acta de Adhesión, es decir, el «volumen del acervo comunitario en vigor en el momento de la adhesión de España, muy superior al vigente en anteriores ampliaciones, y la notable reducción del plazo entre la firma del Tratado de Adhesión y su entrada en vigor hacen aún más necesario en el caso de España delegar en el Gobierno

la potestad de dictar normas» «para cumplir las obligaciones derivadas de la adhesión a las Comunidades Europeas».

La delegación se produce, conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica 47/1985, «en el ámbito de las competencias del Estado, sobre las materias reguladas por las Leyes incluidas en el anexo, a fin de adecuarlas al ordenamiento comunitario y en la medida en que tales materias resulten afectadas por ello mismo, así como sobre materias objeto de normas comunitarias, vigentes el 6 de noviembre de 1985, que exijan desarrollo por Ley y no se hallen actualmente reguladas». Asimismo, según el artículo 2, «las directivas y demás normas de Derecho comunitario cuya aplicación exija la promulgación de normas internas con rango de Ley» «tendrán la consideración de bases, a cuyo objeto, alcance, principios y criterios deberá ceñirse el Gobierno en la elaboración de los correspondientes Decretos Legislativos», y deberán dictaminarse por el Consejo de Estado (art. 4).

3.^a La jurisprudencia constitucional sobre Derecho comunitario.

En el tiempo que media entre el Tratado de Adhesión y el día de hoy, en que se redacta este estudio —seis años—, han sido numerosos los pronunciamientos del TC sobre la materia, como cabía esperar. Nosotros vamos a limitarnos ahora, siguiendo un orden cronológico, a extraer la doctrina del TC sobre Derecho comunitario, sin insistir en el caso concreto. La mayoría de los supuestos son conflictos competenciales suscitados entre el Estado y las CCAA, y en este sentido este punto enlaza con lo tratado con anterioridad.

La jurisprudencia constitucional sobre Derecho comunitario, puede resumirse en los siguientes términos:

— La incorporación de España a las CCEE, mediante la atribución de competencias prevista en el artículo 93 de la CE, no supone la creación de una competencia nueva, sin perjuicio de la necesidad de dotar al Gobierno de los instrumentos necesarios para adoptar las medidas conducentes a garantizar el cumplimiento de las resoluciones o actos adoptados por dichas CCEE.

— A partir de la adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las CCEE, originario y derivado, el cual constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros.

— Las normas de Derecho comunitario no son normas constitucionales y, en consecuencia, su infracción por leyes estatales o autonómicas posteriores «no convierte el litigio en constitucional» y, en cuanto se trata de un conflicto de normas infraconstitucionales, debe resolverse a través de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal de Justicia de las CCEE. El principio

de primacía del Derecho comunitario, por otra parte, impide cualquier ingerencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno.

— La transposición y aplicación del Derecho comunitario derivado corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, ya que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Es decir, la ejecución corresponde a quien materialmente ostente la competencia.

— El Estado y las CCAA están obligadas a articular medios de colaboración para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias que corresponde a España como Estado miembro, de tal suerte que la Administración autonómica puede realizar tareas propias de una competencia estatal, con sumisión a las instrucciones y supervisión de la Administración central.

— La competencia de comercio exterior, exclusiva del Estado, no tiene aplicación en todo caso, cuando se trata de Derecho comunitario, pues de la aplicación extensiva de ese título competencial como sinónimo de comercio intracomunitario resultaría la exclusión de las CCAA en toda materia relativa a las CCEE, y más aún si se considera la progresiva expansión de las competencias comunitarias.

Estas conclusiones nos permiten afirmar que el Derecho comunitario se ha integrado en nuestro ordenamiento jurídico con sus peculiaridades propias, conforme exponen jurisprudencia y doctrina comunitarias, estando restringida, desde el ámbito constitucional español, su esfera de conflicto a los propios del Derecho interno, esto es, a los nacidos del reparto de competencias entre las Administraciones central y autonómica.

4.^a La reforma de la CE.

La ratificación por España del Tratado de la Unión Europea —o Tratado de Maastricht—, y en particular su artículo G, apartado C, ha provocado la primera reforma de la Constitución española, introduciendo el criterio de reciprocidad en la elección, activa y pasiva, de representantes municipales.

Hemos destacado la reforma de la CE para dejar constancia de la nueva fase de evolución del Derecho comunitario como reflejo de la integración progresiva de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que ha pasado de la Europa de los mercaderes a la Europa de los ciudadanos. La Comunidad Europea, es, pues, un problema «en marcha», y la inalterabilidad del reparto competencial interno, secuela lógica del peculiar sistema jurídico comunitario, no hace más que replantear los «viejos» conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como veremos en el punto siguiente del sumario.

2. *Derecho comunitario y derecho autonómico*

Tal vez sea la relación existente entre el Derecho comunitario y el derecho autonómico una de las cuestiones más interesantes del proceso de integración europea, pues la estructura interna del Estado dota de una especial complejidad a todo el sistema. Por un lado, se plantea el tema de la ejecución autonómica del Derecho comunitario, aspecto al que se refería la jurisprudencia constitucional. Por otro, el de la participación de las regiones europeas —y entre ellas las CCAA— en los órganos decisorios de las CCEE, indisolublemente unido a la progresiva pérdida de competencias por parte de aquéllas.

La atribución de competencias a las CCEE supone, como cabía necesariamente esperar, la pérdida progresiva de éstas por los órganos que venían ejerciéndolas, al tiempo que surge la correlativa obligación de implementar o trasponer el Derecho comunitario en función de la competencia de origen, vaciada por la atribución. Ahora bien, el efecto de esta nueva situación produce distintas consecuencias para el Estado y para las CCAA al margen del reparto constitucional y estatutario, ya que, sea la competencia estatal o autonómica, el Estado participa en el proceso de formación de la norma comunitaria a través de la presencia de sus representantes en el Consejo Europeo, en el Consejo de Ministros y en la Comisión, asume la función —constitucional— de vigilancia de la ejecución del Derecho comunitario y participa, coordina y recibe los fondos presupuestarios que deben distribuirse en España, mientras las CCAA ven reducida, en principio, su participación a la mera ejecución de ese nuevo Derecho. Situación que tiende a producir una cierta distorsión en cuanto la pérdida de competencias se intente —señala MUÑOZ MACHADO— compensar con el correlativo aumento de la intervención en la ejecución del Derecho comunitario, «porque son más grandes las perturbaciones que puede acarrear esta pretensión para el funcionamiento de la Comunidad y para el debido cumplimiento para con ella de las obligaciones que asumirá España como Estado miembro», «que el peso de la participación autonómica se concrete en el momento anterior a la adopción de las decisiones».

La primera cuestión planteada, la ejecución de las normas comunitarias, no es sólo un Derecho autonómico, sino una responsabilidad del Estado frente a las CCEE (STJCE 73/1981) y de las CCAA frente al Estado, responsabilidad que se patentiza por dos medios de control, señalados por FERNÁNDEZ COSTALES: el *control preventivo* que establecen los artículos 21 a 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980 (consulta previa al Consejo de Estado sobre anteproyectos de ley o disposiciones reglamentarias que ejecuten, cumplan o desarrollen tratados internacionales) y el *control ejecutivo* del art. 155 de la Constitución. La Sentencia 73/1981 citada (la

Comisión contra el Reino de Bélgica) aclara las dudas constitucionales, propias del Derecho interno de un Estado «regional o federal»: «Ante las Comunidades Europeas, el Estado miembro y sólo el Estado miembro, es decir, el Gobierno central, es responsable del cumplimiento íntegro y dentro de los plazos previstos por la normativa comunitaria, de la legalidad comunitaria. No cabe invocar argumentos de índole constitucional interna del Estado miembro ni alegar como excusa de incumplimiento un determinado modo de estructura de ese Estado». Solución que no deja de ser necesaria, ya que si en vez de pensar en la tensión competencial Estado-CCAA lo hacemos en una actuación de consuno, el medio para dejar inoperante —o retrasar— la aplicación de determinadas normas comunitarias no sería otro.

LASAGABASTER, por su parte, plantea el problema de la responsabilidad estatal por incumplimiento de las CCAA en torno al *principio de supletoriedad* y bajo el presupuesto de que tanto «de una interpretación sistemática de la Constitución como del contenido de las normas del Estatuto de Autonomía, relativas a este tema, se deduce ya sin ningún género de dudas la competencia autonómica para el desarrollo del derecho comunitario», sin que sea de aplicación el artículo 149.1.3 de la CE que concede al Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

Dos son, según este autor, los medios de control del incumplimiento autonómico planteados por la doctrina: el control preventivo y el control *a posteriori*. «El control preventivo se apoya en el principio de supletoriedad, de tal modo que el artículo 149.3 se convertiría en una norma habilitadora de competencias», y se refuerza, ante su posible insuficiencia, por la responsabilidad exterior del Estado frente a las CCEE (art. 93 CE). El control *a posteriori*, sin embargo, supone el incumplimiento autonómico, total o parcial (no ejecución o ejecución incorrecta de la norma comunitaria), y activa el principio de supletoriedad de forma indirecta, con fundamento en las responsabilidades exterior del Estado (art. 93). Sin embargo, incluso esta última interpretación excede —indica LASAGABASTER— de la virtualidad que puede atribuirse a un principio de Derecho internacional —responsabilidad exterior del Estado— cual es «modificar el reparto competencial o la relación Estado-CCAA y por lo tanto los controles ejercitables por el Estado sobre estas últimas».

En torno al principio de supletoriedad, hace LASAGABASTER las siguientes observaciones: 1.^a En Derecho comparado existen Estados donde este principio no se aplica, como en Alemania, sin que ello suponga insuficiencia alguna. Incluso el control coercitivo que opera *a posteriori*, conforme al artículo 37 de la Ley Fundamental, es de hecho una vía útil aplicable a este supuesto. La solución al problema —puede añadirse— se aborda desde la perspectiva de la colaboración y de la participación de los *Länder* en las decisiones, por un lado, y del principio de «lealtad federal», por otro. 2.^a La supletoriedad

preventiva puede provocar la inactividad de las CCAA, adoptando éstas una simple postura inercial, lo que supondría la eliminación de toda participación autonómica en el desarrollo de la normativa comunitaria y, como consecuencia, en la construcción europea. 3.^a El control *a posteriori* presenta numerosos escollos. Entre ellos el procedimiento para determinar el momento del incumplimiento y el propio concepto de incumplimiento. Estas observaciones, concluye LASAGABASTER, ponen de manifiesto la necesidad de arbitrar medidas específicas dentro del marco constitucional.

MOLINA DEL POZO, partiendo de «dos consideraciones fundamentales», la limitación de las potestades del Estado y de las Comunidades Autónomas que la «cesión de competencias» operada por la adhesión a las CCEE, conlleva el nacimiento de «nuevas actitudes vinculadas a la aplicación de la normativa comunitaria que deberán ser distribuidas entre el nivel estatal y el regional», y la insuficiencia del artículo 93, que encomienda «al Gobierno y las Cortes Generales la tarea de asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario», da pie a todo tipo de especulaciones; partiendo, pues, de esas dos premisas, el mecanismo de Derecho comparado que mejor se adapta al sistema español es el italiano, si bien el paralelismo no es total, ya que el grado de autonomía de las regiones de Italia es más restringido que el de nuestras CCAA, investidas de hecho de competencias «federales».

En Italia, a partir de 1976, por Decreto de la Presidencia de la República, las regiones podrán aprobar leyes en desarrollo de directivas comunitarias y en ejecución de los reglamentos. Situación parangonable a la española, en cuanto las CCEE respetan el reparto interno de competencias y el Tribunal Constitucional, como hemos visto —podemos precisar—, así lo reconoce.

En cuanto a la participación de las CCAA en la fase decisoria y las normas aplicables ante el incumplimiento autonómico, MOLINA entiende que el sistema alemán ofrece eficaces soluciones a través de los dictámenes de las comisiones creadas al efecto en el Bundensrat —y del Bundestag— de la figura del observador de los Landër, «funcionario nombrado por la Conferencia de Ministros Presidentes de los Länder y que acompaña a la delegación alemana a las sesiones del Consejo y del COREPER», y la necesaria presencia de dos representantes de los Länder en la delegación estatal cuando la negociación comunitaria afecte en materias de exclusiva competencia regional. Sistema basado en el principio de lealtad federal y en la larga tradición alemana en esta materia.

El incumplimiento autonómico —dice MOLINA DEL POZO— puede tener lugar en tres supuestos: 1.º Que las CCAA «no se ajustaran en su ejecución administrativa a una norma comunitaria». En este caso procede la aplicación del Derecho comunitario por los órganos judiciales y solventadas las dudas sobre su interpretación por medio del recurso prejudicial. 2.º Que las CCAA no dictaran las leyes formales de desarrollo, en cuyo caso lo perti-

nente sería delimitar la competencia material, de tal suerte que si ésta es compartida, estando reservada al Estado la obligación de dictar la legislación básica, bastaría con incorporar a las normas determinadas disposiciones de carácter supletorio que actuarían ante la inacción autonómica. Y si la competencia es exclusiva de la CA, sin embargo, «la anterior solución parece menos viable, puesto que implicaría *interponer* una norma estatal entre el Derecho comunitario y el legislador autonómico llamado a ejecutarlo, actuación para la que sería difícil encontrar respaldo constitucional». Supuesto en el que la norma sustitutoria, añade MOLINA, de carácter estrictamente «puntual», podría abordarse por el Gobierno y las Cortes Generales, fundamentándose en los artículos 93 y 155 de la CE y de forma directa en el primero de ellos, bien mediante la actuación de las Cortes, bien mediante delegación legislativa en el Gobierno, ya que el procedimiento del artículo 155 dotaría de particular lentitud al dictado de dicha norma. 3.º Que las leyes aprobadas por las CCAA se separaran de la legalidad comunitaria. Esta situación impondrá la necesidad de que el Estado se encuentre informado con carácter previo a su aprobación, vía dictamen del Consejo de Estado, pues en otro caso la supresión de la norma autonómica obligaría a la intervención del TC, solución poco apta para atajar el problema. Así, ante esta situación, no cabe sino «la no aplicación de la norma en sede judicial, puesto que ni el Gobierno central ni las Cortes Generales tienen atribuciones para anular una ley autonómica», y el medio que ofrece la ley estatal de armonización queda reservado al supuesto en que varias CCAA hayan dictado las correspondientes leyes.

Esta solución, la inaplicación de la norma autonómica, a pesar de contar con el respaldo del TJCE, muestra el inconveniente de la inseguridad jurídica que su publicación provoca y alienta como única vía de solución la que abre la cooperación Estado-CCAA, «posición que en la práctica ha asumido el Estado español ante todo este conglomerado de posibilidades y alternativas» y que «se plasma en la propuesta de Convenio» remitida por el Ministerio de Administración Territorial en 1985, a través de la creación de las Conferencias sectoriales y de las Comisiones mixtas.

En orden a la redistribución de funciones y competencias dentro de las propias CCAA, poniendo punto final a la exposición de MOLINA DEL POZO, sólo adelantar ahora que se han dictado leyes en esta materia. La Ley 4/1986, de 10 de mayo, por la que el Parlamento catalán delega en el Gobierno de la Generalitat «las facultades necesarias para el desarrollo legislativo del Derecho comunitario» y la Ley 2/1986, de 18 de febrero, de Bases sobre la recepción del Ordenamiento de las Comunidades Europeas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

MUÑOZ MACHADO, al ocuparse del incumplimiento autonómico, observa la «insuficiencia de los controles ordinarios» bajo el prisma del Derecho

comparado: «en todos los Estados de estructura compleja» se dan este tipo de problemas «y no tiene, sin embargo, en ninguno soluciones simples», aunque «la forma más terminante de excluir ese riesgo sea la atribución al poder central de facultades de *sustitución* a las instancias autónomas». Así, en Austria, se regula de modo expreso (art. 16 de la Constitución); en Italia se denomina *sustitución preventiva*, «que permite al Estado cubrir por la vía normativa los incumplimientos posibles, técnica cuya constitucionalidad contesta por lo normal la doctrina»; en Alemania, a pesar de que se concibe en términos de coacción federal, como poder federal, los incumplimientos tienen lugar, sin embargo, en pocas ocasiones, en virtud de las facultades del Bund y de las prácticas de cooperación y participación entre la Federación y los Länder. En España, por su parte, sólo podría aplicarse la técnica de la *sustitución preventiva*, «difícilmente justificable en nuestro Derecho», ya que la *sustitución* en sí —ex arts. 93 y 155 CE—, activada por el incumplimiento autonómico, presupondría de hecho el incumplimiento estatal resultante frente a las CCEE, al carecer de un plazo específico para dictar la norma sustitutoria.

«De cualquier forma, no parece —añade MUÑOZ MACHADO— razonable ni coherente con los principios de nuestro sistema constitucional que el Estado se dedique a aprobar normas con valor supletorio, además de en el caso expuesto —en el que el Estado tenga atribuida la competencia de dictar normas con carácter básico—, en los supuestos en que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas verdaderas competencias legislativas exclusivas sobre una materia». Su utilización sistemática sería absurda, y sólo «en clave de técnica preventiva» pueden emplearse cuando se presuma el incumplimiento y en tanto la CA legisla. La solución, sin embargo, debería articularse a través de la Comisión de las Comunidades, aprovechando la remisión de los proyectos de Ley a la misma para examinar el contenido y la adecuación a la normativa comunitaria. Ahora bien, no debe olvidarse la «puesta en juego de los mecanismos jurisdiccionales»; esto es, el desplazamiento de las normas internas por las comunitarias en caso de incompatibilidad, aunque fueran posteriores a éstas, y el efecto directo en el de ausencia de «desarrollo».

La participación de las CCAA, señala MUÑOZ MACHADO, se produce, pues, en dos fases. En *fase ascendente*, mediante la participación de las CCAA en el proceso de decisión comunitario, y en *fase descendente*, mediante la aprobación de normas ejecutivas de las disposiciones comunitarias y la propia ejecución o «aplicación administrativa del Derecho europeo».

BULLAIN LÓPEZ, por su parte, se ocupa, en profundidad, del estudio de la participación de las regiones en la fase ascendente o decisoria, llegando a la conclusión de que la «marginación regional» en la formación de las decisiones comunitarias, en claro contraste con su participación en fase

descendente, obedece, por un lado, al «límite a la actividad extraterritorial regional que el Poder Central trata de imponer para evitar los contactos y relaciones de las regiones al exterior del Estado que se hace extensiva a las relaciones con la «Comunidad Europea», y, por otro, a «la estructura institucional comunitaria», «que descansa en instituciones cuya composición se basa en los representantes de los gobiernos y administraciones centrales» de los Estados miembros. «El papel relevante» del Comité de Representantes Permanentes (COREPER) y del Consejo «en el proceso decisonal, en donde las regiones, con la excepción del *Länderbeobachter* y de las regiones autónomas portuguesas, no cuentan con representación, priva a las regiones de información e influencia en el mismo». Ni la presencia regional en el Parlamento Europeo, ni los contactos directos regiones/CCEE, ni sus representaciones permanentes en Bruselas han hecho variar esta situación. La limitada participación institucional se reduce a los Comités —dependientes de la Comisión— de política regional y de estructuras agrarias, de carácter estrictamente consultivo. El Acta Unica Europea no supuso, por su parte, ningún avance en el proceso de participación de las regiones en la formación de las decisiones comunitarias y relega, pues, al Derecho interno esta problemática, de igual suerte que en el caso de la participación en fase descendente la particular estructura del Estado debe solucionar la cuestión.

El Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht, sin embargo, aborda —como lo hiciera el proyecto a que se refiere BULLAIN— directamente la participación de las regiones europeas en el proceso de integración comunitaria. En primer lugar, el artículo G redacta de nuevo el texto del artículo 4 del Tratado de la CE, diciendo en su número 2 que: «El Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un *Comité de las Regiones, con funciones consultivas*». En segundo término, los artículos 198A, 198B y 198C establecen su composición y funcionamiento, regulándose los derechos de consulta y de información en los casos preestablecidos, así como la facultad de dictaminar en aquellos otros casos que lo estime oportuno.

D) JERARQUÍA NORMATIVA

El principio de jerarquía normativa debe enmarcarse dentro del ámbito de distribución de competencias, y, de esta forma, podemos decir que el principio de jerarquía es trasunto del principio de primacía o pre valencia y éste, a su vez, del de competencia. Es decir, si en la aplicación de las normas distinguiésemos principios primarios y secundarios, pertenecería aquélla al segundo grupo: no se puede hablar de jerarquía sin determinar

previamente la competencia. La jerarquía, pues, sólo actúa dentro de un único círculo competencial.

Principios primarios serían, pues, los de competencia, primacía y supletoriedad, y secundarios, los de jerarquía, cronología e irretroactividad. Ahora bien, como quiera que no es éste el momento de abordar el estudio dogmático de los principios generales sobre aplicación de las normas, hemos de ocuparnos ahora de dos cuestiones fundamentales: la incidencia del Derecho comunitario sobre el Título Preliminar del Código Civil y el problema de retroactividad de las leyes.

MASIDE MIRANDA estudia esa incidencia (esto es, la transcendencia jurídica de los principios comunitarios de primacía y efecto directo) en relación a los artículos 1.º1, 1.º4, 1.º5, 1.º6, 1.º7, 2.º1, 2.º2, 3.º1, 4.º, 8.º, 9.º9, 12.2 y 12.3 del Código Civil, y dice al respecto que la «creación de este nuevo sistema jurídico —el comunitario— conlleva la aparición de un nuevo sistema de fuentes del Derecho», que, podemos añadir, aunque ahora funciona por vía del desplazamiento normativo, impondrá, a medio plazo, la reforma por razones de seguridad jurídica.

Con referencia directa al Derecho italiano, por otra parte, estudian CATALANO y SCARPA los conflictos entre las normas internas y las normas comunitarias, partiendo de las sentencias del TCI número 183/1973 y número 232/1975. La primera de ellas declara la aplicabilidad directa del Derecho comunitario «sin necesidad de recepción y adaptación» con «fuerza y valor de ley», esto es, sin intermedio de disposiciones estatales de «carácter reproductivo, integrado o ejecutivo» que condicionen o difieran su entrada en vigor y, menos aún, aquéllas que sustituyan, derogen o revoquen, total o parcialmente, la normativa comunitaria, con referencia expresa a los reglamentos. Por la segunda, consecuencia de la anterior, estimó la «ilegalidad constitucional de —las— disposiciones nacionales que reproducían, sustituyéndolas, normas comunitarias», «por violación de los artículos 189 y 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y, por consiguiente, del artículo 11 de la Constitución italiana».

El siguiente problema que plantean estos autores es el de la fundamentación dogmática de esa primacía, sobre todo por lo que se refiere a la derogación de las normas internas anteriores a la adhesión a las CCEE, en cuanto resulten incompatibles con la nueva normativa, ya que esa traslación de competencias por sí misma provocaría un *vacío normativo* si las normas estatales no fueran aplicables, en tanto la CE utiliza su poder normativo o mientras no cesa el período transitorio. Situación que no se produce por su persistencia. Y descartan con acierto la aplicación de criterios expositivos propios del Derecho interno, tales como los de «inconstitucionalidad sobrevenida», jerarquía o derogación. Para que la derogación opere debe tratarse de un supuesto en «que la norma derogada y la norma derogante emanan

de la misma fuente de producción o, por lo menos, de fuentes del mismo ordenamiento», y las normas comunitarias de Derecho derivado no son *fuentes* del ordenamiento italiano. El concepto, pues, no sería de «derogación», sino de *resistencia*, en la medida en que la norma comunitaria derivada «resiste» «a cualquier norma interna contraria y por tanto prevalece sobre ella».

Otra cuestión que se plantean estos autores es la de oposición entre una norma comunitaria anterior y una ley nacional posterior. En este caso las nociones —advierten— de fecha de adopción y de entrada en vigor carecen de sentido por emanar de fuentes de producción de normas distintas. Lo que se produce es una violación constitucional, sea una norma del Tratado, sea un reglamento, y, como tal violación, el Juez interno deberá actuar —señalan— *conforme al ordenamiento nacional*, de tal suerte que debemos distinguir entre normas ilegales *per se* y normas que requieren previa declaración de inconstitucionalidad, ya que el TCI entiende que el Juez por sí mismo no puede dejar de aplicar una norma estatal posterior sin esa previa declaración, tesis que comparten CATALANO y SCARPA. Si la norma es ilegal *per se*, podrá dejar de aplicarla —por ejemplo, las normas de recepción del Derecho comunitario—. Pero en otro caso la declaración previa es inevitable, a pesar de la STJCE de 9 de marzo de 1978. El Tribunal de Justicia no puede interpretar la Constitución italiana y cualquier actuación en contra rebasaría su techo competencial, de idéntico modo que el mismo hace, conforme al artículo 177 del Tratado de la CE, cuando debe declarar la invalidez de una disposición comunitaria. Las normas procedimentales internas distan de estar armonizadas y, en consecuencia, la aplicación de la competencia interna es prevalente. El «ordenamiento nacional no permite a los distintos Jueces la no aplicación pura y simple de las normas nacionales contrarias a normas comunitarias anteriores» y «solamente permite al mismo Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad».

Dentro del orden comunitario, finalmente, sí operan el principio de jerarquía, por un lado, y el de irretroactividad, por otro. El principio de jerarquía se pone de manifiesto en la relación entre reglamentos de base y reglamentos de ejecución, por ejemplo, o en la relación directiva-norma interna de ejecución y desarrollo.

El principio de irretroactividad de las disposiciones comunitarias ha planteado numerosas dudas ante la ausencia de una mención específica en los Tratados. Ha sido el Tribunal de Justicia el encargado de perfilar su definición, en base a «los principios generales comunes al derecho de los Estados miembros», como señala ISAAC, y, en este sentido, con «reserva de que no afecten los derechos definitivamente adquiridos bajo una reglamentación anterior» —aplicación del principio de irretroactividad—, «las autoridades comunitarias pueden siempre modificar o abrogar sus reglamentos»,

trasunto del principio de confianza legítima —seguridad jurídica— en la reglamentación existente. La retroactividad, pues, puede considerarse excepcional (STJCE 25-1-1979, a. Racke). Y el TJCE ha elaborado la doctrina del «retiro retroactivo» o «principio de revocabilidad de los actos —comunitarios— ilegales» en plazo razonable, libremente apreciado («alrededor de seis meses» para los que creen derechos subjetivos).

Otro aspecto de este mismo tema es el de la retroactividad de las sentencias comunitarias y del propio Derecho. Tema del que trata HERBERT con ocasión de las SS. del TJCE de 2 de febrero de 1988 (a. 309/85, Barra, y 24/1986, a. Blaziot), en cuanto matizan —por no decir modifican— la posición jurisprudencial precedente. La S. de 8 de abril de 1978 (a. Defrenne I) y, después de ella, las de 27 de febrero de 1985 (a. S. Produits de Mais, S. A.) y 15 de enero de 1986 (a. Pinna), parten del presupuesto de que el *principio de seguridad jurídica limita el efecto retroactivo de la sentencia comunitaria* «por la que se constataba el efecto directo del artículo 119 del Tratado de la CEE, que establece el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres», por un lado, y la limitación del efecto retroactivo derivado de la declaración de *invalidéz* de una disposición comunitaria (art. 174.1 TCEE). En las sentencias Barra y Blaizot, sin embargo, contemplando una misma legislación nacional, al definir el efecto retroactivo de la STJCE de 13 de febrero de 1985 (a. Gravier), lo limita en el primer caso y lo acepta en el segundo.

E) EL TRIBUNAL EUROPEO

Hemos querido dedicar, para poner punto final a la incidencia del Derecho comunitario en los ordenamientos internos de los Estados miembros, un apartado especial al Tribunal de Justicia, no ya para insistir de nuevo en su trascendente misión, tantas veces ponderada, sino para reparar, sucintamente, en dos cuestiones capitales: el deber de la jurisdicción nacional de aplicar el Derecho comunitario, bajo la dependencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y el tratamiento jurídico del recurso prejudicial, nexo de unión entre ambas jurisdicciones.

Según el artículo 177 del TCEE: «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia».

El Tratado de la Unión Europea —o Tratado de Maastricht— introduce, finalmente, algunas novedades en la sección relativa al Tribunal de Justicia. Entre ellas podemos destacar dos. Primera, la sustitución del texto del artículo 169A, que introdujo el Acta Unica, facultando para la creación del Tribunal de Primera Instancia por su material agregación al Tribunal de Justicia, tal y como se había producido por la Decisión del Consejo 88/591. Segunda, el nuevo artículo 171, que faculta al TJCE para imponer sanciones a los Estados miembros, *sanciones pecuniarias* por incumplimiento de sentencias, competencia establecida para dar un claro refuerzo al principio de primacía.

III. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD

La formación progresiva de la Comunidad Europea, a través de la integración económica, social y jurídica de los Estados miembros, es el fruto conseguido tras un largo período de treinta y seis años, donde la supresión de las fronteras interiores —o intracomunitarias— y el establecimiento de una frontera común se articulan mediante la aplicación de los Tratados institutivos, cuyo objetivo primario, «el progreso económico y social», va precedido del desarrollo de lo que ha dado en llamarse las libertades comunitarias.

A) LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

Como habían previsto los impulsores de las CCEE, el camino de la integración política sólo podía iniciarse con la consecución de una meta social y económica: la creación de un Mercado Común (art. 2 TCEE). Y los medios de ese mercado se habían de asentar sobre cuatro libertades básicas: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento y prestación de servicios.

La libre circulación de mercancías comporta, conforme a los artículos 9, 30 y 34 del TCEE, la unión aduanera —en el plano interno y externo—, la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación y de las medidas de efecto equivalente.

La libre circulación de trabajadores —arts. 48.2 y 7 TCEE—, tras el período transitorio, se contiene en el Reglamento 1612/68 y la Directiva 68/360/CEE, y comporta, siguiendo a MOLINA DEL POZO, los siguientes derechos: «responder a los empleos efectivamente ofrecidos»; «desplazarse libremente, a tales efectos, por el territorio de los distintos Estados miembros»; «residir en uno de dichos Estados a fin de ejercer allí un empleo, conforme a las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales, y «permanecer en el territorio de un Estado miembro, en las condiciones que se determinen, después de haber ocupado el empleo».

La libre circulación de capitales (art. 67.1 TCEE), presupuesto de la libre circulación de mercancías y personas, ha sido un logro reciente de las CCEE, y expresión de ello fue la Directiva 88/361/CEE, «que recoge el régimen de liberalización aplicable a los movimientos de capitales».

La libertad de establecimiento y prestación de servicios, última de esas cuatro libertades básicas, se regula en los artículos 52 a 66 del TCEE y comprende el desarrollo de las actividades no asalariadas o independientes. Los términos «libertad de establecimiento» se definen en el artículo 52 y el concepto «servicios» abarca las actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y las propias de las profesiones liberales (art. 60 TCEE).

La competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales integran, vía Convenio de Bruselas (1968), la denominada por la doctrina «quinta libertad comunitaria», tendente a salvar las «barreras judiciales».

Resultado de la puesta en práctica de esas cinco libertades es la consecución del denominado «Mercado Único Europeo», que supera la noción de Mercado Común y avanza un paso más en la integración comunitaria, activada hoy por el Tratado de la Unión Europea. El Mercado Único pretende, por su parte, la supresión de lo que denomina MOLINA DEL POZO fronteras físicas, técnicas y fiscales. Ahora bien, el cumplimiento de los fines institutivos de las CCEE no se abordan de forma exclusiva a través de esas cinco libertades, sino que se apoya en una serie de medidas complementarias: las políticas comunitarias. Políticas agrícola, de pesca, de transportes, competencia, regional, industrial, fiscal, económica y monetaria, social, energética, de medio ambiente y consumidores, de propiedad industrial e intelectual, de armonización y política exterior. Dice MATHIJSEN que la «actividad de las Comunidades Europeas no se lleva a cabo exclusivamente a través de las normas que tratan de establecer el Mercado

Común», sino que, por el contrario, «implica la realización de unas políticas comunes que tratan de hacer efectiva la Unión Económica que persigue el Tratado».

Todo el cúmulo de disposiciones que los «objetivos comunes» y la «acción común», en aplicación de esas concretas libertades y políticas intracomunitarias suponen, generan un importante influjo sobre los ámbitos de exclusión competencial, esto es, sobre aquellas materias reservadas a los Estados miembros, y, que de forma progresiva, podemos añadir. De tal suerte que si contemplamos ese ordenamiento nuevo desde la perspectiva del Derecho de la construcción —denominación que globaliza un grupo de disposiciones civiles y administrativas de naturaleza interna—, *el contenido del derecho de propiedad* aparece definido, en cada caso concreto, por normas comunitarias sobre política agraria, medio ambiente y protección de los consumidores, sirviendo el dominio —derecho fundamental protegido por las Constituciones de los Estados miembros y por los Convenios internacionales— de punto de intersección de «competencias» devenidas «concurrentes».

En principio, el sistema seguido de atribución de competencias a las CCEE, bien sean éstas explícitas, bien implícitas o subsidiarias, produce la delimitación del ámbito de jurisdicciones, constitucional y comunitaria, en un doble plano de actuación o paralelismo; sin embargo, la tendencia progresiva a la extensión del ordenamiento comunitario provoca necesariamente la concurrencia en determinadas materias, aunque el TJCE parta de la inaplicabilidad general del Derecho interno —salvo referencia expresa de los Tratados— y los Tribunales Constitucionales reconozcan su «incompetencia» para resolver cuestiones comunitarias.

En este marco jurídico, la protección de los derechos fundamentales aparece como una responsabilidad indelegable de los Estados miembros. El TCE ha declarado reiteradamente que no es un Tribunal de conflictos entre el Estado y las Autonomías, sino el Tribunal encargado de la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y que puede conocer asuntos de Derecho comunitario sólo en cuanto afecten a los mismos. Esto no significa, como pudiera deducirse a primera vista, que el TJCE se autorreconozca incompetente para resolver los recursos en materia de derechos fundamentales. Lo que sí plantea, como observa DÍAZ FRAILE, es la problemática primacía del Derecho comunitario «sobre los diversos ordenamientos constitucionales de los Estados miembros», que ha hecho decir a ROBERT KOVAR «que en ningún Estado miembro se asegura al Derecho comunitario una primacía absoluta sobre las normas constitucionales», tanto en materia de «congruencia estructural» como «del respeto debido a los derechos fundamentales garantizados por las Constituciones nacionales». Así, el TC alemán, en Auto de 29 de mayo de 1974, declara que este Tribunal «debe

controlar las disposiciones comunitarias que afecten a tales principios» o derechos fundamentales. Facultad que, de igual suerte, se reserva el TC italiano en Sentencia de 27 de diciembre de 1973 para asegurar la «compatibilidad constante del Tratado-CEE con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o con los derechos inalienables de la persona humana en el supuesto de que el TJCE diera una interpretación del Derecho comunitario que atentara contra estos principios». En nuestro Derecho, sin embargo, según ALONSO GARCÍA, esta situación no se da por virtud del artículo 10.2 de la CE. En el «Derecho español —continúa DÍAZ FRAILE— los derechos fundamentales consagrados por los artículos 14 y siguientes del texto constitucional habrán de ser interpretados a la luz de la jurisprudencia que en esta materia emane del TJCE». El «Derecho comunitario no es un *corpus* que se vaya formando autónomamente, sino que en parte se forma por un efecto de aluvión con las aportaciones que recibe de los distintos Derechos nacionales, de modo y manera que la Constitución española no se ha de esgrimir para propugnar la nulidad de determinados preceptos comunitarios —cuya constitucionalidad queda salvaguardada, en todo caso, por el precepto de ruptura del artículo 93, como hemos visto—, sino para influenciar al Derecho comunitario, de forma que éste —dice ALONSO GARCÍA— se asimile progresivamente a nuestro Derecho constitucional, que a la larga, en la medida en que se parezca al resto de los Derechos constitucionales europeos, será, juntos con éstos, Derecho europeo». Tesis sostenida —continúa diciendo— por el propio TJCE en la Resolución de 22 de junio de 1965 y en las Sentencias de 17 de diciembre de 1970 y 13 de diciembre de 1979, que recogen el postulado de ALONSO GARCÍA sobre la recíproca influencia o simbiosis entre el Derecho comunitario y los derechos constitucionales. El Derecho comunitario —dice la S. de 17-12-1970— como «Derecho nacido del Tratado, surgido —pues— de fuente autónoma, no podría, en razón de su naturaleza, aceptar que se le opongán judicialmente reglas de Derecho nacional, cualesquiera que sean, sin perder su carácter comunitario y sin que sea puesta en entredicho la base jurídica de la Comunidad misma; que en consecuencia la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado». Y con este planteamiento, la Sentencia de 13 de diciembre de 1979 declara que «las reglas relativas a la protección de los derechos fundamentales tienen que ser comprendidas en el sentido de que cuestionan la validez de los reglamentos comunitarios respecto del propio orden comunitario». Ahora bien, a la vista de lo que precede, podemos formularnos las siguientes preguntas: ¿cómo aplica el TJCE los derechos fundamentales desde la perspectiva del propio

Derecho comunitario? ¿Puede alegarse la transgresión de un derecho fundamental comunitario por una ley nacional ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas? ¿Y debe aplicarse en este campo la teoría de la máxima protección? A ello, a su respuesta, atiende el inmediato apartado.

B) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMUNITARIOS

Si empezásemos por el final, tendríamos que decir que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, los derechos fundamentales comunitarios no son otros que los recogidos por la Convención de Roma, y con eso quedaría zanjada toda una añeja polémica. En efecto, su reconocimiento aparece expresamente regulado por el artículo F, que establece: «1) La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos. 2) La Unión *respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.* 3) La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas. Sin embargo, dos razones —distintas de la falta de vigencia del Tratado de Maastricht— nos llevan a analizar algunos aspectos. La primera, la subsistencia de las preguntas enunciadas. La segunda, la presencia del «acervo comunitario», que hace necesario el estudio de la jurisprudencia comunitaria.

El «sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales —escribe CHUECA SANCHO— se crea respondiendo a una necesidad: la de preservar la primacía del Derecho comunitario sobre los derechos estatales o internos y, por tanto, asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario». Y este sistema ha sido creado y desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en base a los principios generales del Derecho comunitario, y defendido por el Parlamento Europeo, aunque su necesidad no suponga la inexistencia de alusión alguna en los Tratados institutivos a los derechos y libertades fundamentales.

Fue la STJCE de 12 de noviembre de 1969 (a. Stauder). Posición que se consolida en las causas 11/70 y 25/70 (aa. Internationale Handelsge-Sellschaft y Köster). El TJCE tenía declarado que la validez de la norma comunitaria sólo puede apreciarse en función del Derecho comunitario (a. Stork), como premisa de existencia de las propias CCEE, y en la causa 11/70 afirma que «el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto el Tribunal

de Justicia asegura» y «que la salvaguarda de estos derechos, aún inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad». La causa 25/70, por su parte, dando un paso más, recoge como fuente de inspiración (formativa, pues, de los principios generales comunitarios) el Derecho internacional de Derechos Humanos. Y finalmente, la Sentencia de 14 de mayo de 1974 (a. Nold) articula la jurisprudencia del TJCE afirmando que es doctrina de este Tribunal el que «los derechos fundamentales forman *parte integrante de los principios generales* del derecho cuyo respeto él asegura»; «que al asegurar la salvaguarda de estos derechos, el Tribunal *está obligado* a inspirarse en las *tradiciones constitucionales comunes* a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados»; y «que los *instrumentos internacionales* relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los *Estados* han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario». Esta sentencia supone, a juicio del profesor CHUECA, por un lado, la jerarquización de las fuentes de inspiración en obligatorias —las tradiciones constitucionales de los Estados miembros— y voluntarias —los instrumentos internacionales y, podemos añadir, en cuanto están suscritos por los Estados miembros—, y, por otro, el alto grado de protección de los derechos fundamentales por el TJCE, que minimiza —entendemos— los posibles conflictos constitucionales, ya que, según este autor, «el Tribunal *afirma que no existe posibilidad alguna de que un derecho protegido en la Constitución de un Estado miembro sea violado por un órgano comunitario sin que él ejerza la protección de aquél*». Y contestadas ya dos de las cuestiones planteadas —la aplicación por el TJCE de los derechos fundamentales y el nivel de protección—, cabe plantearse el problema restante: el recurso ante este Tribunal por infracción de la ley nacional de un derecho fundamental comunitario. En principio, como hemos visto, los derechos fundamentales son principios generales del Derecho y por tales debemos tenerlos, ya que las CCEE no han elaborado una lista o relación de estos derechos. La Ley deberá infringir, en consecuencia, un principio general del Derecho comunitario. En segundo término, no existe el recurso directo que prevé el artículo 25 de la Convención de Roma, ejercitable tanto por las personas físicas o jurídicas como por los Estados. Y en tercer lugar, en cualquier caso, el control jurisdicción comunitario de los actos estatales, hoy por hoy, no ha sido admitido por el TJCE, si bien siempre debe partirse del principio de competencia para que la conexión Derecho estatal-Derecho comunitario se produzca; «si no se da conexión alguna entre un derecho reconocido en las Constituciones de los Estados miembros y las competencias de la Co-

munidad —puntualiza CHUECA—, el sistema comunitario no puede protegerlo porque rompería la distribución de competencias. Dos son los requisitos de los principios generales para ser comunitarios —y, por extensión, de los derechos fundamentales—: que no se opongan a la integración y que sirvan a la integración. No obstante, la existencia de medios plurales de protección de unos mismos derechos potencia su protección, pues en la mayoría de los casos —afirma CHUECA— son los propios Estados quienes los conculcan.

C) EL DERECHO COMUNITARIO DE PROPIEDAD

El artículo 222 del TCEE prescribe: «El presente Tratado *no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*». Esta declaración que permanece inalterable en el tiempo, desde el origen mismo de las CCEE, no ha supuesto, sin embargo, la ausencia de protección comunitaria al derecho de propiedad. Con anterioridad, en el precedente apartado hablamos de la necesaria conexión entre el Derecho estatal y el Derecho comunitario para que sea posible activar sus medios protectores en materia de derechos fundamentales, por un lado, y la delimitación de una única vía, la vía comunitaria, para impugnar los actos de las Instituciones, bien ante el Juez nacional cuando actúe como Juez comunitario, bien ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por otro. Y ello, incluso, cuando se trate de derechos fundamentales. Ahora bien, esa inhibición comunitaria —o respeto al régimen jurídico interno del derecho de propiedad— no deja producir particulares efectos a pesar de la protección que brinda a través de los principios generales de Derecho comunitarios, que se inspiran de forma obligatoria en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Así, el profesor CHUECA cuando estudia el dominio, en base a los casos *Haüer* y *Fearom* (SS. de 13-12-1979 y 6-11-1984), entre otros, destaca:

1.º El Derecho comunitario «es, inicialmente, neutral ante la concepción o la regulación del derecho de propiedad; este aspecto se deja a la competencia estatal, como se deduce del artículo 222 del TCEE. Dice el TJCE en el caso *Haüer*: «el derecho de propiedad está garantizado en el orden jurídico comunitario conforme a las concepciones comunes a las constituciones de los Estados miembros, igualmente reflejadas en el primer protocolo adicional a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos».

2.º El derecho de propiedad «puede ser *limitado*, como se desprende del caso *Haüer*», en el que se restringe el uso de la propiedad agraria mediante la prohibición comunitaria de plantar viñas; y, además, es un

«derecho del cual el particular puede ser desposeído o expropiado, según el caso Fearon, sin que ello suponga violación del ordenamiento comunitario». En este supuesto, una disposición administrativa irlandesa obligaba a los extranjeros, que posean a título dominical tierras, a residir un año en éstos o a menos de tres millas de ellas. Y el TJCE declara que el Estado puede establecer «un régimen de expropiación pública», conforme al artículo 222 del TCEE, pero lo que no puede hacer, y esto entra dentro de la esfera del Derecho comunitario, es establecer discriminaciones por razón de la nacionalidad. Su fundamento legal deriva del artículo 54.3.ºe) del TCEE, que dispone que «El Consejo y la Comisión ejercerá las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes —sobre el derecho de libre establecimiento—, en particular: e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio del Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro», en la medida que no se contravenga el artículo 39.2 sobre política agrícola.

3.º La *alegación atípica* del derecho de propiedad, esto es, protección de las meras expectativas de beneficios o posición de una empresa en el mercado, «no limita el poder de las autoridades de intervenir en el campo económico», ya que, como indica la STCE de 18 de marzo de 1980 (a. Valsabbia), «no se puede extender la garantía de la propiedad de los bienes a la protección de intereses de orden comercial cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica».

4.º El derecho de propiedad es un *derecho limitado*, como recoge el punto primero. Y los límites son los siguientes. Según el caso Nold: «los derechos así garantizados, lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados a la vista de la *función social* de los bienes y actividades protegidas»; y «por esta razón los derechos de este orden no son garantizados regularmente más que *bajo reserva de las limitaciones previstas en función del interés público*; que en el orden público comunitario parece también legítimo mantener en relación a estos derechos la aplicación de ciertos límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se atente contra la *sustancia* de estos derechos». Y según el caso Häuer: debe acudir a «las *reglas y prácticas constitucionales* de los nueve Estados miembros y de las mismas se deduce que la restricción a la plantación de nuevas viñas —que impone el Reglamento comunitario impugnado— es conocida y admitida como legítima, bajo formas idénticas o análogas en el orden constitucional de todos los Estados miembros». De esta forma, en ambos casos, Nold y Häuer, según CHUECA, se «establece una relación directa entre la preservación del contenido o sustancia del derecho de propiedad y la legitimidad de las medidas restrictivas del *uso* de ese derecho; ello explica también la aplicación del principio de la proporcionalidad, ya que si una medida no es proporcional

o supone una intromisión desmesurada o intolerable no será admitida como lícita por el Tribunal». Y, además, en ambos supuestos se aplica el criterio de la «necesidad de la adopción de este tipo de medidas» en razón del interés general comunitario.

En definitiva, el dominio es un derecho protegido por el orden comunitario siguiendo las mismas pautas de las Constituciones de los Estados miembros. No es un derecho absoluto. Es un derecho limitado por la función social de los bienes sobre que recae, sujetos a una diversidad de regímenes jurídicos, que no supondrán trasgresión, siempre y cuando se respete su *contenido mínimo o esencia* y se garantice la legitimidad y legalidad de la expropiación forzosa, mediante indemnización. El problema, pues, estará en fijar la difícil línea divisoria entre lo sustancial y lo accidental de su contenido: *la concreción del uso*.

D) EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

En el estudio del derecho de propiedad, su origen, extensión y límites, se puede llegar a todo tipo de lugares comunes; sin embargo, nuestro interés es más limitado y se restringe a la proposición de unas ideas básicas sobre la materia. De forma especial sobre las nociones de diversidad jurídica y de atribución de uso, punto de interconexión de la intervención administrativa con la realidad civil. Decir que el concepto comunitario o de propiedad responde a las orientaciones constitucionales, legislativas y doctrinales actuales no aclara, en mayor medida, el núcleo central del problema, aunque ello, según hemos visto, sea cierto. Decir, sin embargo, que la integración de España en las CCEE ha supuesto un notable cambio en la concepción del dominio dada la inspiración de las políticas comunitarias, sí se ajusta a la realidad. Basta comparar, para observarlo, el distinto camino entre la política agraria común —donde reside la competencia— y los planes autonómicos de puesta en regadío, que supuso un cambio de orientación en la explotación de los recursos agrícolas. Ahora bien, al plantear el problema hemos preferido analizar antes esas nociones fundamentales a la luz de los preceptos internos, ya que el contenido del dominio comunitario es tan difuso como en cualquier ordenamiento estatal.

1. *El derecho constitucional de propiedad*

Tradicionalmente, la dogmática del Derecho define el dominio, desde una perspectiva abstracta, en base a las facultades que lo integran: la facultad de administración o goce, la facultad de disposición y la facultad de

vindicación. Estas facultades garantizan a su titular frente a cualquier actuación pública o privada. Sólo cabe, en principio, suprimir el derecho sobre el bien concreto que recae mediante expropiación forzosa. Sin embargo, esas mismas facultades han estado siempre limitadas. La propiedad, salvo hipótesis de laboratorio, nunca ha sido un derecho absoluto, ni histórica ni objetivamente. La propiedad no es más que la potencialidad permanente del uso de un bien determinado, con carácter exclusivo y excluyente. Si el contenido esencial de la propiedad es la posesión, la de ésta es el uso. La función social de la propiedad, en suma, no es más que la función social de la posesión, y la de ésta, la delimitación del uso del objeto jurídico. La secuela de todo ello siempre ha sido —o tendido a ser— la misma: la diversidad de regímenes jurídicos de la propiedad, sin perjuicio del reconocimiento de unas características comunes, que no son otras que las expresadas. Goce, disposición y vindicación —atemporal—, con arreglo a las leyes.

1.1. El derecho de propiedad en el Código Civil

La persistencia de esas tres facultades potenciales extraídas del propio artículo 348 del Código Civil augura, tal vez, larga vida a su texto literal. No ha sido necesario cambiar ni una coma para que la propiedad decimonónica se adapte al siglo xx. Su formulación abstracta lo ha hecho posible, no sin abundantes reticencias doctrinales. «La propiedad —dice el art. 348— es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». La ausencia de toda referencia a la función social en sus términos remite la inclusión de ésta al inciso final del párrafo 1.º Con arreglo a las leyes, la crítica se centra en la ausencia de referencia a la función social de la propiedad, esto es, a la distinción entre límites y limitaciones. No obstante y a pesar del buen servicio jurídico práctico que presta la definición, la realidad muestra que la distinción, además de superflua —a estos efectos—, no deja de ser difusa: una limitación permanente es un límite. Y un límite temporal, una limitación. Es decir, aunque el límite sea algo consustancial e interno y la limitación sea accesoria o externa, tanto el primero como el segundo se exteriorizan de la misma forma a través de las leyes.

El derecho de propiedad en el Código Civil, según MONTES PENADÉS, se configura «como un derecho subjetivo real que se especifica frente a las demás situaciones activas subjetivas de carácter real a través de las notas de unidad, perpetuidad, exclusivismo o exclusividad e ilimitación (en el sentido, esta última, de globalidad o indeterminación de facultades concre-

tas)». Concepción que choca con la situación actual, caracterizada por las notas de «pluralismo, conexión social, desconexión de la idea de libertad y actividad o ejercicio como centro de la regulación». Las nociones de diversidad de regímenes jurídicos, de función social y de deber jurídico se incorporan al derecho subjetivo, y el artículo 348 debe integrarse con lo preceptuado en el artículo 349, que se refiere a la expropiación forzosa. Es lo que hemos denominado, en otro lugar, *propiedad activa*, que, al margen de la abstracción definitoria, mantiene sus rasgos esenciales característicos en el desarrollo de la función determinada que las leyes asignan al bien concreto sobre el que recae.

Ahora bien, y ello debe destacarse, la propiedad que el Código Civil regula presta un servicio de extraordinario relieve al ordenamiento jurídico. La «*propiedad civil*» es el «*presupuesto legal*» de todas las disposiciones aplicables a este derecho, tanto constitucionales como estatales o autonómicas. Es el presupuesto que se limita o se entiende limitado, intrínseca o extrínsecamente. Sin el artículo 348 se perdería el punto de referencia, con grave quebranto del principio de seguridad jurídica. La propiedad, aparte de un concepto vulgar, debe ser siempre un concepto jurídico.

1.2. El derecho de propiedad en el ordenamiento histórico

Si parece evidente que el artículo 348 del Código Civil debe analizarse hoy a la luz de las nuevas orientaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, con la extensión y límite de su definición constitucional, e incorpora la caracterización tipo de este derecho, no lo es menos que los orígenes, a su vez, del artículo 348 hemos de encontrarlos en nuestro Derecho histórico, pues si bien es verdad que el precedente legal del Código suele referirse a un Derecho extraño —el CC francés—, nunca se ha entendido ni interpretado —ni siquiera redactado— aquél según la doctrina y la jurisprudencia francesas.

El concepto histórico de propiedad dista en gran medida del dominio quiritario. La propiedad histórica es una propiedad fuertemente «socializada», no ya por la existencia de ingentes masas de bienes de carácter comunal, sino por las restricciones que se venían imponiendo a la propiedad privada en su libre ejercicio. La noción de función social aparece dentro de su contenido como límite de su detentación. Y, asimismo, la consecuencia de esa función social, por expresarlo en terminología moderna, era la misma que la actualidad: la propiedad era una propiedad *activa*, que atribuye usos determinados e incorpora el concepto deber jurídico al derecho subjetivo.

Para fundamentar estas afirmaciones, baste reparar en dos textos históricos. Por un lado, las Reales Ordenanzas de la Ciudad de Plasencia, reco-

piladas en 1548, sobre propiedad rústica. Y el Real Decreto de 28 de abril de 1789 y Cédula del Consejo de 14 de mayo del mismo año, dado en Aranjuez por Carlos IV, que desarrolla la Real Provisión de 20 de octubre de 1788, sobre propiedad urbana, por otro.

En la disposición 13 del Título XVIII de esas Reales Ordenanzas, bajo el epígrafe «De las dehesas dehesadas de los señores edel acetar de los quartos», se contiene una importante limitación al uso de la propiedad rústica: la labranza forzosa de un cuarto de cada dehesa en favor de los vecinos de Plasencia y su Tierra, incluyendo entre ellas las legalmente acotadas o cerradas —«dehesadas»—, señalándose a un tiempo la renta que habían de pagar los labradores (terrazgo). Esta restricción se complementa con otras muchas disposiciones que atienden a la regulación del uso de cada tipo de bien. Entre ellas, las «Ordenanzas de la nueva conservación de los montes y pinares», que contienen dos Reales Pragmáticas de Carlos V (25 mayo 1518) y Felipe II (22 febrero 1567), imponiéndose en la segunda el derecho de vuelo, con carácter forzoso y a juicio de Concejo, sobre determinadas propiedades, públicas y privadas.

Y por lo que se refiere a la propiedad urbana, la Ley IV del Título XXIII, Libro VII, de la Novísima Recopilación, bajo el epígrafe «Reedificación de solares y edificios yermos en los pueblos del Reyno», contiene una disposición sobre *edificación forzosa de solares*, fijando para ésta el plazo de un año y, en otro caso, cualquier interesado podría hacerlo en su lugar tomándolas a censo reservativo. Por la Real Cédula de 15 de mayo de 1788, inserta en la instrucción 58 de Corregidores, se disponía que, en caso de que no se reedifiquen las casas arruinadas en sobre sus propios solares, se proceda a la *venta forzosa*. El corregidor era la persona autorizada para conceder la *licencia de obra*. No obstante, hemos de advertir que el artículo 348 del Código es resultado, desde un punto de vista práctico, de la reestructuración del derecho de propiedad que la desamortización produjo.

1.3. El derecho de propiedad en la Constitución de 1978

La concepción constitucional de la propiedad como derecho fundamental la hemos expuesto en los siguientes términos: «La Constitución española, en su artículo 33, reconoce el derecho a la propiedad privada (mobiliaria e inmobiliaria), destacando que la función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. De esta forma, se recoge el dominio en su dimensión dinámica —activa—, marcada por una esa función social delimitadora de su contenido, sobre el postulado general de que ese propio reconocimiento desarrolla por sí mismo una función de idéntica naturaleza. Es decir, si la

función social del derecho de propiedad forma parte de su contenido ordinario o intrínseco, se destaca y valora el doble carácter de su existencia. De un lado, la función social de la titularidad privada del derecho y, de otro, la delimitación de su contenido. Así pues, se estima de utilidad social su existencia y se le dota de un contenido mínimo que haga reconocible este derecho (sin llegar a desnaturalizarse) y de unas garantías legales que salvaguarden su pacífico ejercicio.

GONZÁLEZ PÉREZ sistematiza esas garantías en tres: reserva de ley (art. 53.1 CE: sólo por ley puede regularse su ejercicio), respecto a su contenido esencial (art. 53.1 CE: la ley delimita ese contenido, pero ni lo configura ni lo establece) y expropiación mediante indemnización (art. 33.3 CE).

La clave, pues, reside en ese *contenido fundamental o mínimo*, en «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito», y «se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981). Tradicional y legalmente, las facultades dominicales que definen la propiedad son *el goce, la disposición y la vindicación* (art. 348 CC). Podrá, pues, limitarse esas facultades con una ley, pero nunca de tal suerte que se desnaturalicen hasta el punto de privarse de su ejercicio a su titular, sin expropiación expresa y con el condicionante subjetivo explícito de la efectiva rentabilidad del bien (STC 37/1987).

Por otra parte, como es sabido por cualquier jurista, fue el profesor HERNÁNDEZ-GIL quien elaboró entre nosotros el notable concepto de función social de la posesión, y en su pormenorizado estudio se ocupa de las relaciones entre función social de la propiedad y función social de la posesión. «A través de la función social —escribe— penetra en la propiedad privada (tanto desde el punto de vista de su naturaleza como por lo que concierne a su ejercicio) el interés genérico de la sociedad —más flexible y difundido que el interés público— y el de ciertas situaciones sociales. De la noción negativa del límite como prohibición se pasa a la noción positiva del deber en la gestión de los bienes. El propietario no encuentra ante sí barreras, sino cauces predeterminados del comportamiento que le es exigido. La consecuencia más importante que está originando la penetración de la función social es la ruptura con un concepto unitario del derecho de propiedad». Ahora bien, «¿cómo resulta afectada la posesión por la función social de la propiedad? En cuanto las normas configuradoras de las limitaciones de la propiedad dejan de ser meramente negativas y obligan a una gestión socialmente útil de los bienes, la figura de la propiedad estática y formal cede paso a una propiedad dinámica, ocupando el primer plano no el tener atributivo, sino el disfrute actuante, la posesión en suma».

De todo ello se sigue, en primer lugar, que la función social de la propiedad y aunque la posesión —goce— forme parte de su contenido, «abarca —asimismo— la gestión económica, la explotación y, consiguientemente, se extiende a cuantas personas y situaciones resultan comprendidos en esos conceptos», y, en segundo término, que actúa de forma diferente según cada categoría de bienes. Es decir, la función social *difunde* el beneficio económico de la titularidad, al tiempo que *delimita* el contenido del dominio o se *realiza* a través de ella —como en el caso de la vivienda—. Doctrina ésta que, al plantearse el estudio de los artículos 33 y 53 de la Constitución, le lleva a las siguientes consideraciones:

1.^a «Nunca ha tenido la propiedad privada en la historia del constitucionalismo español una consagración tan clara y precisa y, al mismo tiempo, tan genérica».

2.^a «La Constitución, expresamente y en contraste con las Constituciones anteriores, reconoce la propiedad privada en esta doble dimensión: como derecho y como institución».

3.^a «De los diversos significados posibles que se le atribuyen —a la función social—, como son la función límite, la función impulsiva y la función social del ejercicio de los derechos, es en el primero de estos significados en el que aparece invocada. No se la concibe estrictamente como límite, más sí con la misión de delimitar que equivale a conformar el derecho en su manifestación normal o en su modo de ser constante, sin que el estar así delimitada suponga que se encuentre especialmente afectada de una limitación o carga».

4.^a En principio, parece sujeto su contenido mínimo a una reserva de ley formal si relacionamos los artículos 33.2 —que puede ser objeto de interpretación extensiva— y 53.1.

5.^a El concepto constitucional de propiedad es un concepto *material*. No «estamos en presencia de una propiedad entendida como poder o función individual con límites o limitaciones, sino ante una propiedad privada definida y delimitada» que no la elimina ni sustituye, antes bien la presupone y la modaliza según la categoría de bienes sobre la que recae. La propiedad privada cumple la doble finalidad de atender los intereses del individuo y de la colectividad».

De esta forma, el problema sigue centrándose en un concepto indeterminado: el contenido mínimo del dominio en función de cada categoría de bienes, resultado de la diversificación de su régimen jurídico. Lo que nos lleva al estudio de ese contenido, que, en la medida de su más estricta reglamentación, da lugar a la llamada propiedad estatutaria, que si bien se predica de la urbana, en iguales términos afecta a la rústica, de manera que

la diversidad de objeto inmobiliario, por razón de su uso, no impide su estudio globalizado y genérico. El dinamismo del derecho se muestra, sin embargo, en la distinta atribución de uso, según su específica clasificación y cualificación legales.

2. *El contenido del derecho de propiedad*

«Sin lugar a dudas —hemos escrito al respecto—, es la propiedad urbana la parcela del Derecho, público y privado, sujeta a mayor número de restricciones, donde, a veces, se pierde la noción misma de dominio, y ese contenido fundamental y mínimo de que hablábamos, condicionante constitucional de las leyes, aparece indefinido. El goce, la disposición y la vindicación, facultades inherentes al derecho de propiedad se desnaturalizan, de tal suerte que el concepto deber precede al de derecho subjetivo y la función social objetiva, delimitadora de su contenido, se antepone a la función social intrínseca que el reconocimiento de cualquier derecho presupone. En cualquier caso, ello no es ninguna novedad, precisamente por la publicación del objeto. El tributo de «urbana» no es resultado de su destino privado, sino de una calificación pública que la cualifica orgánicamente. Así pues, el concepto mismo de «propiedad urbana», en principio, lo otorga el planeamiento urbanístico del territorio, que señala la forma de uso y destino de la superficie acotada.

Ahora bien, una cosa es planificar y definir la tipología de la propiedad urbana dentro de una determinada área o zona, es decir, calificar y cualificar, y otra bien distinta suprimir el derecho de propiedad. La titularidad preexistente puede y debe reconocerse, ya que por contenido de los derechos hemos de entender «las concretas posibilidades de actuación o las concretas reglas de conducta que de ellas derivan para las personas afectadas». De esta forma, la clave constitucional reside en ese nuevo concepto jurídico determinable, el contenido mínimo de la propiedad, definido por la necesidad de que el derecho resultante sea precisamente de esa naturaleza —dominio— y no otro (apreciable caso por caso). Como dice el Tribunal Constitucional, en la conocida Sentencia 37/1987 sobre la reforma agraria andaluza, «utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes», lo que supone, a juicio de BARNÉS, «rentabilidad económica que trae su origen en la explotación de los bienes sin necesidad de intermediario alguno»; y para TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, que la «Ley puede... delimitar... configurar el contenido del derecho de propiedad y precisar, en consecuencia, qué concretas facultades lo componen y cuáles quedan fuera de él, siempre que, naturalmente, deje a salvo el contenido esencial del

derecho, que la Constitución protege directamente (art. 53.1), de forma que ésta siga siendo identificado como tal», criterio que —entendemos— recoge el Código Civil, nunca puede tratarse de un derecho distinto del de propiedad (art. 348 CC) a menos que previamente se defina su contenido y surja con la imprecisión de la identidad de términos no un nuevo concepto, sino un nuevo derecho. Se trata de una propiedad fuertemente intervenida o limitada administrativamente. Esa función social delimita el ámbito material y temporal de su ejercicio: la propiedad debe ejercitarse en un determinado sentido y durante cierto plazo, consecuencia del forzoso camino de destino —de individual a social— que el planeamiento le impone. Un derecho de propiedad de destino único —el urbanístico— por razones de utilidad social e interés general. Se actúa sobre la propiedad privada marcándola un fin que comporta un deber que va a cumplirse de cualquier forma, bien por el propietario, bien por otro mediante la expropiación. Lo que, a su vez, supone una pluralidad de legislaciones aplicables al caso concreto en cada pronunciamiento judicial. Es decir, después de delimitar el ámbito de actuación de las normas estatales y autonómicas, debemos tener presente la ley regional que sirve de fundamento a la sentencia y su posible analogía con la que nosotros directamente hemos de aplicar. Es lo que puede denominarse "las interferencias interpretativas de la legislación autonómica"».

En resumen, podemos decir que el contenido mínimo del derecho de propiedad, por un lado se diversifica, según la naturaleza y el destino del bien, y por otro se define o delimita en cada categoría de bienes. Por ello, hemos brevemente de referirnos a la ruptura del concepto de propiedad, primero, y, luego, a la propiedad urbana y rústica, para acabar con el planteamiento de una cuestión distinta, pero íntimamente relacionada con las que preceden: los límites comunitarios a la regulación interna del derecho de propiedad.

2.1. La ruptura del concepto de propiedad

Si como hemos propugnado la diversidad no excluye la noción abstracta de dominio, debemos destacar, sin embargo, que en cuanto al régimen jurídico de cada bien sí cabe hablar de «ruptura» conceptual. La delimitación del goce concreto del inmueble, incluso de la disposición, viene impuesta por dos categorías de normas, administrativas ambas: las normas agrarias y las normas urbanísticas, cuyas competencias exclusivas corresponden a las distintas Comunidades Autónomas, sin perjuicio, en principio, de la facultad estatal de ordenar sus bases y las inminciones comunitarias. Ambos tipos de normas han llegado a formar un verdadero estatuto de la

propiedad, entendiendo por tal la existencia de un derecho individual reglamentado administrativamente. Y si las normas agrarias se caracterizan por un dinamismo pasivo, las urbanísticas atienden al proceso de transformación del suelo, y en ese sentido presentan notas de dinamismo positivo. En ambos casos son comunes las atribuciones de uso, no sin interferencias, ya que una ley urbanística puede restringir el destino de una finca a la explotación agraria y una agrícola prohibir ésta. Supuesto excepcional que hoy se presenta por la política comunitaria, favorable al abandono de cultivos, que deja sólo como camino del uso la reforestación —por ejemplo—. En ambos casos, asimismo, la atribución de un uso concreto, de forma negativa —a través de prohibiciones—, no descarga, sin embargo, de contenido el dominio, sino que limita el ámbito de actuación privada. La clasificación genérica del suelo en rústico y urbano arrastra la cualificación de cada inmueble concreto por razón del uso permitido, único círculo donde se puede ejercitar el dominio.

2.2. La propiedad urbana

El contenido mínimo de la propiedad urbana, como propiedad constitucional, estaría constituido, siguiendo a BARNÉS, por el *ius aedificandi*, y ello a pesar de la dicción literal de la Ley 8/1990, donde las licencias presentan un cierto matiz constitutivo, habida cuenta de que el planeamiento no atribuye derechos dominicales ni las facultades que conforman la propiedad, sino *usos compulsivos*; y si estos usos privan al propietario del volumen edificable del inmueble, surge el derecho a la indemnización o compensación.

En este punto baste reseñar, como hace BARNÉS VÁZQUEZ, que si el contenido mínimo de la propiedad constitucional es resultado de la simbiosis entre interés particular y función social, conforme a la STC 37/1987, lo que supone la «explotación o aprovechamiento del titular que permitía la difusión de los bienes económicos», «sin necesidad de intermediario alguno, de modo tal que haga accesible a todos un mejor disfrute» de los mismos, el de la propiedad urbana se centra en el *ius aedificandi*, donde se dan cita los derechos de goce y disposición. «En consecuencia, adelantemos que, desde esta perspectiva, no puede afirmarse que el *ius disponendi* (o la facultad de goce) se hayan separado de la titularidad dominical», ya que el sujeto del derecho —o titular del bien— tiene sobre el mismo un poder funcional, «es sujeto o titular de una actividad o ejercicio», y únicamente ha perdido, en virtud de la función social que al bien corresponde, «la elección o decisión del tipo de goce o aprovechamiento». Es decir, siendo la propiedad un derecho activo y dinámico, los poderes públicos delimitan

su contenido mediante la *atribución de un concreto uso*, modalizado por las circunstancias que deben rodear ese único ámbito de ejercicio. «La Constitución, en definitiva —añade BARNÉS—, no parece garantizar ni proteger un concreto tipo de goce, un aprovechamiento de naturaleza específica ni, por tanto, de un ámbito y alcance determinado —estático, podemos señalar—. Protege, en cambio, la presencia de una facultad de goce tendencialmente plena y relativamente siempre superior al de los restantes derechos que tengan por objeto la explotación de bienes». «De manera que el artículo 33 de la Constitución española, integrado en la disciplina constitucional, legitima al legislador ordinario para que determine la «graduación del aprovechamiento del propietario» (así del urbano o agrario). Delimitará, por consiguiente, en virtud de su función social (esto es, en aras de la mejor participación económica de todos los ciudadanos en el bien “suelo”) «el alcance y la amplitud del *ius aedificandi* y de la explotación de los cultivos o, en otros términos, de la facultad de goce atribuida al *dominus*». «De lo que no puede disponer el legislador es de su existencia».

2.3. La propiedad rústica

Y si el contenido mínimo de la propiedad urbana es el *ius aedificandi*, el de la propiedad rústica es el *ius colendi*, facultad de cultivar la finca o, mejor aún, de obtener un rendimiento económico, ya que si la propiedad urbana está fuertemente planificada, la rústica no lo está menos, y las restricciones afectan a la tipología del cultivo. Normas administrativas determinan los cultivos autorizados —o prohibidos— en función de la productividad y del medio ambiente. Se trata, en definitiva, de la atribución de *uso concreto*.

«En el *ius colendi* o facultad de cultivar descansa el interés jurídicamente protegido, por el que se otorga el derecho. Consiente —este derecho, además— la delimitación estatutaria de su contenido material». El límite constitucional de la delimitación, dada «la plasticidad del *ius colendi*», es la persistencia de un «cierto margen de rentabilidad o beneficio».

E) LOS LÍMITES COMUNITARIOS DEL DERECHO INTERNO

Hablar de los límites comunitarios del Derecho interno nos obliga a replantear brevemente lo que antecede. El primer presupuesto de hecho es, en terminología del profesor CHUECA, la *conexión* entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional por razón de la competencia. Una vez establecida esta conexión competencial, el segundo presupuesto es el origen de

la norma. Esto es, sea de aplicación directa, sea de objeto de trasposición, bajo el paradigma de la primacía y de su eficacia. Y el tercer presupuesto, por fin, apunta a la materia objeto de estudio: la propiedad urbana y la propiedad rústica. Así, podemos afirmar que, no obstante lo dispuesto en el artículo 222 del TCEE, las CCEE pueden incidir directamente sobre el núcleo central del derecho de propiedad, es decir, sobre su contenido mínimo constitucionalmente protegido, estableciendo nuevos límites, que si, por un lado, no van a negar esa presencia protegida —*ius aedificandi/ius colendi*—, pueden, sin embargo, modalizar la *atribución de uso* asignada por la normativa administrativa interna. Situación que tiende a producir el desplazamiento de parte de las facultades públicas en la definición de la función social de la propiedad hacia las CCEE y que aconseja revisar los esquemas conceptuales prácticos para reconocer el nacimiento de una *función social comunitaria que delimita el contenido del dominio*. Esta nueva configuración del derecho de propiedad, por otro lado, puede extraerse de dos tipos distintos de fuentes: el Derecho derivado y la jurisprudencia comunitaria.

El Derecho derivado impone importantes restricciones al uso de los bienes inmuebles a través de las políticas comunitarias en materia agrícola y de medio ambiente, que llegan a definir, de forma paulatina y a medida que se van desarrollando las propias Comunidades, negativamente el contenido mínimo del dominio. Realidad que no excluye, en el futuro, su atribución positiva. Y la propiedad rústica es punto de referencia constante de la política comunitaria, nada impide que con la reglamentación del medio ambiente se incida, de forma directa, sobre las normas urbanísticas, sin excluir —claro está— la política de defensa de los consumidores que recoge expresamente el Tratado de Maastricht.

El TJCE, con ocasión del comentado caso Haüer, ha resuelto recursos relativos a la delimitación del contenido mínimo de la propiedad rústica; al declarar que no infringe los Tratados constitutivos el Reglamento comunitario que prohíbe plantar viñas en determinadas zonas, ha delimitado el contenido mínimo del dominio y reconocido la función social comunitaria de la propiedad.

El problema de la competencia judicial inmobiliaria, por otra parte, ha sido resuelto por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, que en su respectivo artículo 16 disponen: «Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio: 1.a) En materia de *derechos reales inmobiliarios* y de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se hallare situado». Y el punto 3 dice: «En materia de validez de las inscripciones en los Registros públicos, los tribunales del Estado en que se encontrase el Registro».

IV. LOS PROGRAMAS DE ACTUACION DE LA CE EN MATERIA AGRICOLA, DE MEDIO AMBIENTE Y DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

En los Tratados institutivos, y en concreto en el TCEE, se atribuyó a las Comunidades competencias en materia de política agrícola común, cuya denominación habitual se conoce por sus tres siglas iniciales: PAC. La importancia de las medidas a adoptar resultan, como destaca DÍAZ FRAILE, de la propia ubicación sistemática de las referencias normativas a esta concreta política. En efecto, por un lado, si el artículo 2 del TCEE promueve «el armonioso —desarrollo— de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran», el artículo 3, destinado a fijar los objetivos comunitarios, incluye la PAC entre éstos, ya que la regulación homogénea o uniforme de la agricultura supone el tratamiento comunitario de un sector estrechamente vinculado al conjunto de la economía, según expresa el artículo 39.2.c). Así, la PAC, junto con las cuatro libertades básicas, se erigen en motor de la integración comunitaria.

La noción de política comunitaria frente al concepto libertad comunitaria, por otro lado, no supone minusvaloración alguna, más bien atiende al establecimiento de un medio práctico de consecución de esas libertades, considerándola, a un tiempo, objetivo de la propia CE. Prueba de ello es la interrelación entre libertades y políticas comunitarias y la progresiva asunción de competencias implícitas y subsidiarias que el desarrollo normativo de las Comunidades impone en esas fases clásicas de integración a que alude MARTÍNEZ DE AGUIRRE, distinguiendo entre la Europa de los mercaderes (1957-1972) y la Europa de los ciudadanos (1973-1984 y 1987-1992), con la consecución del Mercado Único como presupuesto de la Unión Europea.

De la PAC surgió la política de medio ambiente, que se establece definitivamente en 1987 con el Acta Unica Europea, y ambas se acompañan, a partir de la suscripción del Tratado de Maastricht, de la política de defensa de los consumidores, iniciada ya a pesar de la omisión de los Tratados institutivos en virtud del artículo 235 del TCEE. Políticas todas ellas que inciden directamente en el contenido del derecho de propiedad y, en consecuencia, en el derecho de la construcción. La política agraria, con especial fortaleza al delimitar, de forma negativa, el uso de las fincas rústicas. La política de medio ambiente, por su parte y de idéntica forma negativa, afecta por igual a la propiedad rústica y urbana en cuanto restringe, mientras preserva y valora el impacto medioambiental, la facultad dominical de goce. Y la política de defensa de los consumidores, incipiente en el ámbito inmobiliario, en cuanto establece una serie de deberes positi-

vos que directamente vinculan al propietario, promotor y constructor en las distintas etapas de «producción» de suelo urbano edificable, y de manera resultante a la oferta y venta de «viviendas».

Así, escribe DÍAZ FRAILE, «las referencias a la mejora constante de las condiciones de vida que hace el Preámbulo —del TCEE— o al desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad que hace el artículo 2.º, se han revelado como enormemente fecundas para salvar la limitación que supone el carácter funcional de las competencias de la Comunidad en cuanto que atributivas de poderes y medios de acción respecto de las materias previamente definidas, de modo tal que con base a dichas competencias subsidiarias e implícitas la PAC ha podido extender su radio de acción a cuestiones tales como la protección del medio ambiente, el establecimiento de programas de repoblación forestal, la defensa del consumidor, etc. Todo lo cual, por lo demás, encaja perfectamente con el carácter de tratado-marco con que está configurado el Tratado CEE —por oposición a los tratados-leyes que corresponde a los dos tratados especiales CECA y CEE A—, según la terminología difundida por GUY ISAAC». En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha manifestado el amplio campo de apreciación que corresponde a las instituciones en materia de política agrícola.

A) LA ACTUACIÓN DE LA CEE SOBRE LA PROPIEDAD RÚSTICA

Resultado, como hemos advertido, de la PAC son las numerosas restricciones que a la propiedad rústica imponen las CCEE. El «mercado común agrícola», objeto de esa política, se rige por los artículos 38 a 47 del TCEE y en su ámbito «prima el principio de especialidad» que este articulado establece (art. 38), «de modo que las reglas generales sobre el mercado común sólo se aplican en tanto no se opongan a las reglas específicas de los artículos 39 a 47 relativos a la agricultura». Esta «especialidad», sin embargo, no coarta la concepción comunitaria de la agricultura desde una concepción más amplia, que ha dado lugar a la sustitución de los términos «Derecho agrario» por los de «Derecho agroalimentario», aunque ello no suponga —según destaca BALLARÍN— la desconexión entre actividad agrícola y aprovechamiento inmobiliario, sino todo lo contrario, el mantenimiento indisoluble —concluye DÍAZ FRAILE— entre dos aspectos de una misma realidad: las estructuras agrarias y la ordenación del comercio. Es decir, la nueva visión economicista de la agricultura como actividad humana que pone en circulación los productos necesarios de primera necesidad que el mercado demanda se asienta sobre el aprovechamiento del inmueble rústico, contenido mínimo del derecho de propiedad.

El artículo 39.1 del TCEE señala los objetivos de la PAC, diciendo que éstos serán: «a) incrementar la productividad agrícola fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables».

El medio típico de intervención comunitaria en el contenido del dominio se ha desarrollado a través de normas de Derecho derivado que imponen prohibiciones expresas —como la impugnada en el caso *Haüer*: prohibición de plantar viñas—, por un lado, y a través de la política de incentivos y subvenciones que, de hecho, modifican el aprovechamiento concreto de una finca determinada, toda vez que la agricultura sectorial va orientándose a cultivar el «producto» en la cuantía y calidad que marcan las CCEE, diferenciando la ejecución concreta a las medidas adoptadas por el Estado miembro, bajo el riesgo económico, en otro caso, del propietario, que de seguir orientación distinta cuenta con el total desamparo comunitario. Esta situación produce la delimitación negativa del contenido esencial del dominio, modalizando el *ius colendi* como facultad de su titular por mediación de la que hemos denominado función social comunitaria de la propiedad, que no excluye el abandono de cultivos subvencionados durante cierto plazo e incluso activa la reforestación.

Desde el punto de vista del Derecho derivado, las normas adoptadas para la ejecución y desarrollo de la PAC dieron lugar a un profuso número de disposiciones —sobre todo, directivas— que dificultaba en buena parte su intelección, por lo que se procedió a su sistematización y codificación a través del Reglamento 797/85, que limitó esa dispersión patológica, aunque, en la actualidad, advierte DÍAZ FRAILE, las normas posteriores han venido a romper esa idea de unidad.

El Reglamento 797/85 puede estudiarse, dice este autor —siguiendo a MASSOT—, distinguiendo siete grupos de novedades: 1) La forma jurídica del acto: este reglamento-marco pone fin a la práctica precedente de aprobar en esta materia directivas, dejando un amplio margen discrecional a los Estados —definieron, por ejemplo, el concepto de agricultor a título principal, germen de la falta de uniformidad en su ejecución y desarrollo—. 2) Los objetivos de los planes de inversión. 3) Los techos de exclusión y los niveles de ayuda. 4) Restricciones a las ayudas e inversiones en sectores excedentarios. 5) Novedades sectoriales: fomento forestal. 6) Introducción de nuevas medidas horizontales: primas para favorecer a los agricultores jóvenes. 7) Vigencia transitoria de disposiciones anteriores de carácter so-

cioestructural. Sin embargo, el nuevo marco de la PAC se vio modificado por la entrada en vigor del Acta Unica, la reforma financiera de la Comunidad —que impuso la aceleración de la adaptación de estructuras y la promoción del desarrollo de las zonas rurales por el Reglamento 2052/1988— y la reforma de la PAC.

El Reglamento 1760/87 modifica el Reglamento 797/85 en cinco puntos: eliminación de los límites existentes a las ayudas nacionales para las inversiones destinadas a la protección del medio ambiente; desnacionalización de ayudas estatales a las zonas sensibles en la misma materia —ayudas directas por razón de medio ambiente—; ampliación de las indemnizaciones compensatorias a los agricultores en zonas desfavorecidas; incremento de las ayudas para la repoblación forestal, y establecimiento de ayudas suplementarias para la formación profesional a los agricultores que reorienten sus explotaciones aplicando técnicas compatibles con el medio ambiente y con la explotación racional de superficies forestales. A esto, además, añade un nuevo régimen para la reconversión y la extensificación de la producción». «Las ayudas para la *reconversión* tienen por objeto compensar, durante el período de cinco años, las pérdidas de renta sufridas como consecuencia de la sustitución de unas producciones ya implantadas por otras nuevas». Y reformando el artículo 1 del Reglamento 797/85, «desaparece uno de los tradicionales objetivos de la Comunidad, cual era el del incremento de la producción [art. 39.1.a) del Tratado]».

El Reglamento 1094/88 modifica, por su parte, los Reglamentos 797/85 y 1760/88 «en lo relativo a retirada de tierras de la producción y a la extensificación y reconversión de la producción», siguiendo la misma línea del segundo. Ahora bien, este Reglamento contiene una excepción: la Comisión podrá autorizar a un Estado miembro a mantener la producción en aquellas regiones o zonas en que las condiciones naturales o el riesgo de despoblamiento lo aconseje. Estas regiones se delimitarán, por lo que se refiere a España, conforme a los criterios fijados por el Reglamento 1273/88, en el que «se consideró que son condiciones naturales que desaconsejan la reducción de la producción la degradación o riesgos de degradación física o química del suelo en regiones con precipitaciones escasas o irregulares, o bien los riesgos de incendio. Esta excepción salvada, apunta DÍAZ FRAILE, la *contradicción existente entre la legislación autonómica de Andalucía y Extremadura*, que sancionaba la escasa productividad y *las normas comunitarias*. La nueva PAC suponía —como cabía prever— que «las producciones que se quieren suprimir son precisamente las subvencionadas». Y el abandono temporal —al menos cinco años— abría como únicas alternativas: dejarlas de barbecho, con posible rotación de cultivo; dedicarlas a repoblación forestal; utilizarlas con fines no agrícolas; destinarlas a pastos para ganadería extensiva (barbecho verde), o finalmente, a la producción de

lentejas, garbanzos u otras vicias (barbecho marrón). Esta nueva política, no obstante, ha manifestado sus carencias, según señala DÍAZ FRAILE, siguiendo a MASSOT, por las insuficiencias técnico-normativas (discrecionalidad de los Estados), la desigualdad de trato financiero y la reacción de los agricultores europeos.

En resumen, finalmente, puede decirse que la influencia de la PAC sobre el Derecho interno se produce en dos niveles distintos. Por una parte, sobre el contenido mínimo del derecho de propiedad, en cuanto establece determinadas prohibiciones e incentiva determinado uso o aprovechamiento agrícola, ganadero y forestal que, de hecho, implican prohibición de usos alternativos por la debilidad de la posición del propietario frente al Estado y a las CCEE, que difícilmente se mantiene con la regulación pública de los precios y las imposiciones socioestructurales. Por otra parte, incide directamente en la distribución interna de competencias, como ha estudiado DÍAZ FRAILE y nosotros en el punto precedente relativo a la jurisprudencia constitucional en materia de Derecho comunitario (STC de 28-5-1992).

B) LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DEL MEDIO AMBIENTE

«La política comunitaria de medio ambiente —dice MOLINA DEL POZO—, al igual que la de defensa del consumidor o la regional, entre otras, no aparece recogida en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, sino que tiene su origen a principios de la década de los setenta, momento en que se constata a nivel mundial el problema que supone el agotamiento de los recursos naturales y en el que empiezan a utilizarse conceptos como calidad de vida o entorno ambiental a modo de complemento a las exigencias de desarrollo y expansión económica». Planteamiento que provocó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el hábitat humano celebrada en Estocolmo en 1972, y más recientemente la de Río de Janeiro el año pasado (1992).

La ausencia de referencia al medio ambiente en los Tratados institutivos se suplió, en un principio, y como advertimos con anterioridad, a través de la vía de los artículos 235 y 100 del TCEE —competencias subsidiarias y armonización—. Más tarde, el Acta Unica Europea crea un nuevo Título VII en la tercera parte del TCEE bajo la rúbrica «Medio ambiente», artículos 130R, 130S y 130T, siguiendo la doctrina del *standard* máximo de protección que permite a los Estados miembros adoptar medidas más severas que las impuestas por las CCEE. Y el resultado de la política comunitaria ha sido el establecimiento de cuatro programas de acción, que pretenden crear una base jurídica para la armonización de las legislaciones. Los objetivos no son otros que, conforme al artículo 130R, «conservar, proteger

y mejorar la calidad del medio ambiente; contribuir a la protección de la salud de las personas, y garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales». Objetivos para los que la acción comunitaria ponderará, dispone el citado artículo en su punto 3, «los datos científicos y técnicos disponibles; las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad; las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción, y el desarrollo económico y social de la Comunidad y el desarrollo equilibrado de las regiones». La financiación y ejecución —art. 130R.4— correrá a cargo de los distintos Estados, sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario.

El Tratado de Maastricht, por su lado, incluye el medio ambiente dentro de los fines comunitarios, en sus artículos 2 y 3, y redacta de nuevos los artículos 130R, 130S y 130T, manteniendo el principio general de que «quien contamina paga», introducido por el Acta Unica Europea, que prevé en el artículo 130R.2 medidas preventivas y restauradoras de carácter coercitivo.

Los cuatro programas de acción —hasta ahora impuestos— son: el primer programa de 1973, el segundo de 1977, el tercero para 1982-1986 y el cuarto que abarca desde 1987 a 1992. Y su efectividad se refuerza con la creación de la Agencia Europea del Medio Ambiente, que se fundamenta en el Reglamento 2120/1990, de 7 de mayo, teniendo por objeto, además del establecimiento de una red de información, una vez pasado el período transitorio de dos años, el control de aplicación de la legislación comunitaria ambiental, el señalamiento de los distintivos medioambientales, el fomento de tecnologías compatibles y la fijación de criterios para evaluar el impacto ambiental.

Si la PAC —indicaba DÍAZ FRAILE— fue el instrumento que canalizó las primeras actuaciones medioambientales, la interrelación entre el Derecho agrario y el Medio Ambiente ha sido ponderada por DELGADO DE MIGUEL, para destacar «la profunda unión existente» entre ambas materias «en cuanto disciplinas jurídicas llamadas a informar conjuntamente diversas instituciones que le son propias sobre la base del centro aglutinador de ambas que representa el espacio rural», sin que pueda disociarse la una de la otra. Acción comunitaria que se acomete en el cuarto programa, distinguiendo —destaca DELGADO DE MIGUEL— tres áreas «prácticas nuevas total o parcialmente: *conservación de la naturaleza y recursos naturales, protección del suelo y áreas urbanas, costas y montañas*». De esta forma se diversifica «la política de protección del —medio— ambiente en los distintos aspectos, industrial, agrícola y social que aborda la política de la Comunidad y sus Estados miembros, de modo que pasa a ser un *componente* más de los mismos». Así, al ser un componente más de la legislación sectorial, las disposiciones medioambientales, comunitarias, estatales y autonómicas se erigen en delimitadoras del contenido mínimo del derecho de propiedad,

presupuesto permanente de la legislación conexas y del otorgamiento de las licencias administrativas correspondientes, que afectan por igual a la propiedad urbana como a la rústica. Seguramente, será en el futuro necesaria la *licencia de impacto medioambiental*. Se extiende, pues, la limitación del uso de los inmuebles, desde sus aspectos positivo y negativo —obligación de uso concreto en forma expresa y prohibición de uso **determinado**—, al tiempo que se aprecia el *dinamismo* del derecho de propiedad y el carácter *extrínseco* de la delimitación de ese contenido mínimo, de suerte que si bien la función social, nacional y comunitaria habilita para la intervención, para la atribución de uso —y como tal el dominio está intrínsecamente limitado—, éste se adapta en cada momento a las necesidades públicas que imperen —limitación extrínseca.

Como ejemplo de la intervención combinada de disposiciones agrarias y medioambientales podemos reseñar el denominado por DELGADO DE MIGUEL «sistema español de retirada de tierras arables», contenido fundamentalmente en el Real Decreto 1435/88, de 25 de noviembre, y la Orden de 5 de diciembre de 1988, modificados y desarrollados por los Reales Decretos de 11 de octubre de 1990 y de 29 de septiembre de 1989 y la Orden de 17 de abril de 1990, que adaptan la normativa comunitaria —de forma especial los Reglamentos 1094/88 del Consejo y 1272/88 y 1273/88 de la Comisión—, donde se contienen una serie de disposiciones que suponen «la asunción de unas cargas relacionadas con la función ecológica de la propiedad» por parte de los beneficiarios de las ayudas comunitarias. Estas disposiciones se traducen en prohibiciones y obligaciones. Prohibiciones para mantener la retirada de tierras en «buenas condiciones agronómicas», tales como las de «esparcir desechos orgánicos, salvo que sean necesarios para mantener la fertilidad o luchar contra la erosión»; el «uso de fitosanitarios sin previa autorización de los organismos competentes» en caso de que se destinen las tierras a barbecho; la de «regar o aportar fertilizantes o sustancias minerales u orgánicas, excepto durante el período de implantación de pradera si la tierra se dedicase a pasto para ganadería extensiva», y la prohibición «de realizar más de un corte al año para producción de heno destinado al ganado de las explotaciones». Obligaciones tales como la de «crear o mantener una cubierta vegetal, adecuada en particular para prevenir la erosión»; «garantizar un mantenimiento mínimo de las formaciones arbóreas que hubiere en las respectivas parcelas y un mantenimiento de sus linderos»; «mantener las corrientes y extensiones de las aguas», y ello cuando se detienen las tierras a barbecho. A las que cabe añadir la obligación de crear «un prado permanente, compuesto de mezcla de especies y variedades forrajeras de bajo nivel de productividad».

C) DERECHO COMUNITARIO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La protección de los consumidores ha sido la última política comunitaria adoptada y aún está pendiente de entrar en vigor, ya que adquiere carta de naturaleza en el Tratado de Maastricht. Este Tratado, incluyéndola en su artículo 3.s), erige la política de protección en medio de consecución de los fines comunitarios y le dedica un Título y un artículo, el Título XI de la tercera parte, bajo el epígrafe «Protección de los consumidores», y el artículo 129A, que constituye el contenido de éste. Dice el artículo 129A:

«1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

- a) medidas que adopte en virtud del artículo 100.A en el marco de la realización del mercado interior;
- b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de *proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.*

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión».

La acción comunitaria, en el Tratado de Maastricht, se enfoca en un doble aspecto. Por una parte, provocar la armonización legislativa, complementando las disposiciones nacionales y permitiendo la mayor protección estatal, y, por otro, adoptar actos concretos en determinados sectores. Doble acción que da lugar al tratamiento de esta política como *presupuesto intrínseco* de otras políticas comunitarias y, a su vez, a la creación de un *Derecho autónomo del consumo* o cuerpo de normas comunitarias.

Ahora bien, la protección comunitaria de los consumidores, sin llegar a ser una política específica de las CCEE, cuenta ya con larga tradición dentro de éstas. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE distingue tres fases de evolución, a la que debe añadirse una cuarta, constituida por el Tratado de Maastricht. La primera fase, durante la vigencia de la que denomina «Europa de los mercaderes (1957-1972)», la protección de los consumidores no aparece dentro de los objetivos de los Tratados institutivos, ya que «la concepción liberal-individualista de la economía» y «las finalidades perseguidas en el

propio Tratado de Roma parecían ser suficientes como para asegurar la situación de los consumidores». Sin embargo, la fuerza de las empresas, el desarrollo del crédito y la publicidad durante esta etapa —en palabras de BOURGOIGNIE— «productivista» mostró «el desequilibrio real» y la debilidad de la situación de los consumidores e hizo necesaria la creación, durante los años 1962-1972, del «Comité de contacto con los consumidores de la Comunidad Europea» a iniciativa de la Comisión, como lo fue en 1968 la «nueva unidad administrativa» denominada «Servicio especializado para las cuestiones relativas a los consumidores», dependiente de la Dirección General encargada de los asuntos de la competencia. En esta fase el consumidor se identifica con el «adquirente de bienes o usuario de servicios».

La segunda fase, «el diseño de la Europa de los ciudadanos (1972-1984)», iniciada por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de París (1972), donde se pide «a los órganos comunitarios el establecimiento de medidas tendentes a reforzar y coordinar las acciones dirigidas a proteger a los consumidores», supone la creación del Servicio de Medio Ambiente y Protección de los Consumidores —luego, en 1973, Dirección General—, de un Comité Consultivo de los Consumidores y la elaboración de un proyecto de acción comunitaria, que dio lugar al *Programa preliminar para una política de protección e información a los consumidores* (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975). Este programa amplía, por un lado, el concepto de consumidor, extendiéndolo no sólo al «comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino a una persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarlo directa o indirectamente como consumidor». Y por otro, sistematiza y define los *derechos fundamentales de los consumidores*. A saber: «el derecho a la protección de la salud y seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos, el derecho a la información y a la educación y el derecho a la representación (a ser oídos)».

El programa preliminar planteó —indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE— graves problemas de ejecución, motivados principalmente por la crisis económica derivada de la crisis del petróleo y por la disparidad de legislaciones y de políticas nacionales unidas a las reglas de adopción de acuerdos en el seno del Consejo, que sólo dio como fruto Directivas en materia de protección de la salud y seguridad de los consumidores. Fue el TJCE quien en la sentencia Cassis de Dijon marcó, una vez, un importante giro en esta materia al admitir *trabas estatales a la libre circulación de mercancías* —una de las libertades comunitarias— por imperativos de protección de los consumidores. No obstante, el programa preliminar supuso un importante avance en la definición de la «política comunitaria» consumerista.

Por Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 se aprueba el

segundo programa para una política de **protección** y de información a los consumidores, y el Consejo de Ministros de 1983 da un nuevo impulso a la materia. El segundo programa «se estructura en torno a los derechos básicos de los consumidores que» —el programa **preliminar**— «define», sentando los cimientos del diálogo social en este ámbito en torno al «control de los precios» y a la «calidad de los servicios, públicos o privados».

La tercera fase, «el relanzamiento de la Europa de los ciudadanos», «coincide ampliamente —dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE— con la «Europa de los consumidores». En ella surge la Comunicación de la Comisión de 4 de julio de 1985, denominada «Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores», y se adoptan, por fin, un grupo de *Directivas* en esta materia. *Directivas sobre la publicidad engañosa* (10 septiembre 1984), la *responsabilidad por los productos defectuosos* (25 julio 1985), la *protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales* (20 diciembre 1985) y el *crédito al consumo* (22 diciembre 1986).

A la comunicación siguió la resolución relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores (23-6-1986), que pone de manifiesto la fuerte vinculación entre las políticas de consecución del mercado interior y la de protección de los consumidores. Sin embargo, la oportunidad de estructurar una política comunitaria específica se perdió en 1987 en el Acta Unica Europea, que, siquiera, incluye una referencia en el artículo 100A.3 a la armonización de legislaciones estatales.

Dice el artículo 100A.3: «La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de legislaciones en materia de salud, seguridad, *protección del medio ambiente* y *protección de los consumidores* se basará en un nivel elevado de protección». Este artículo, que debe valorarse positivamente, observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, plantea el *problema fundamental* de la protección de los consumidores: los distintos niveles de protección existentes en los Estados miembros. Problema que llevaba, a pesar de la introducción de la regla de mayorías para adoptar acuerdos comunitarios, a una situación de «ambigüedad, lentitud y falta de eficacia práctica».

El Tratado de Maastricht, no obstante, supone un definitivo impulso para la protección de los consumidores, y en materia inmobiliaria urbana, como luego veremos, su posible incidencia vendrá marcada por el *deber de información*, trasposición *sensu contrario* del derecho de información de los consumidores, que ha dado lugar, en España, al Real Decreto 515/1989, por la regulación de las *condiciones generales de contratación*, supuesto de exclusión de cláusulas abusivas (Comunicación Comisión/Consejo de 14-2-1984) y por la *calidad de los productos incorporados a la construcción*, en

la línea de la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, sin olvidar la posible imposición de *condiciones generales de habitabilidad de las viviendas y del volumen edificable* (superficie, espacios libres, espacios comunes, servicios, dotaciones mínimas...) como se establecen en la Directiva 87/102/CEE en materia de *crédito de consumo*, no aplicable, sin embargo, conforme a su artículo 2.º*l.a*), a «los contratos de crédito o de promesa de crédito», «destinados fundamentalmente a la adquisición o conservación de derechos de *propiedad* sobre terrenos o inmuebles construidos o en proyecto», o «destinados a la renovación o mejora de los inmuebles». Y, en general, la tendencia a la armonización de legislaciones tomando como punto de referencia la máxima protección ofrecida por el correspondiente Estado miembro.

V. LA PROPIEDAD URBANA

Señala BARNÉS, con razón, cómo no cabe hablar de un concepto de propiedad plural, pues a pesar de la diversidad de regímenes jurídicos aplicables a los distintos bienes, la noción de unidad, aun sobre la base de una nueva lectura del artículo 348 del Código Civil (tamizada por la realidad social del tiempo en que se aplican las normas), parece ser un presupuesto constitucional, una definición previa a la propia Constitución (art. 53.1 CE). Y asimismo no es aconsejable anclarse en la dualidad y en el paralelismo de las legislaciones públicas y privadas —*administrativa* y *civil*—, enemigos de la seguridad jurídica y de la unidad sustancial del ordenamiento.

En definitiva, con esta perspectiva unitarista e integradora vamos a abordar la problemática del carácter estatutario de la propiedad urbana, intentado demarcar el contenido mínimo de esas facultades de goce, disposición, vindicación y garantía sobre los siguientes presupuestos:

Primero. La noción de propiedad estatutaria alude al carácter «reglado» de su atribución y ejercicio. La ordenación del territorio y la planificación urbanística es una función pública.

Segundo. La problemática de su configuración se sustantiviza en la preexistencia o no al planeamiento de facultades urbanísticas en el contenido del dominio.

Tercero. La fundamentación pública del carácter atributivo de esas facultades por la normativa urbanística se centra en la necesidad o innecesariedad de la indemnización de los propietarios.

Cuarto. El nudo gordiano de la cuestión reside en la valoración de los inmuebles y de las expectativas urbanísticas a efectos *expropiatorios*, que

no se disocia de la función social de la propiedad (el valor real o de mercado).

Quinto. El ámbito temporal —coyuntural—, material y territorial de aplicación de la legislación puede generar discriminación entre los distintos propietarios.

Sexto. La finalidad última de las normas es la conversión del suelo en solares y de los solares en edificaciones, al tiempo que se habilitan espacios libres, zonas de recreo y expansión para hacer habitable el núcleo urbano.

Séptimo. Cabe advertir, por otro lado, la distinta incidencia e intensidad de la intervención administrativa en el régimen jurídico de la propiedad urbana, según la situación y destino del inmueble y la necesidad coyuntural de las propias normas (incidencia e intensidad que afecta a la propiedad del bien cuando el cambio se produce después de su consolidación).

Así pues, de la solución jurídica adoptada derivarán una serie de consecuencias.

Como indican DELGADO-IRIBARREN y BALLESTEROS, cronológicamente fue el artículo 61 de la Ley del Suelo de 1956 el detonante de la interpretación doctrinal favorable a la consideración de la urbanización como función pública, «de modo que el régimen del suelo es una tarea reservada exclusivamente a los planes por remisión de la ley, y, en consecuencia, *la incidencia del plan sobre la propiedad privada urbana no es ya la de una limitación que restrinja una libertad inicial, sino que el plan otorga positivamente facultades delimitando el contenido del derecho de propiedad*», esquema en el que profundizó la Ley de 1975 suprimiendo el aprovechamiento natural de los terrenos e «insistiendo en que el régimen de propiedad derivaba del planeamiento por remisión de la Ley (art. 76)».

En esta línea se enmarca decididamente la interpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA y de la doctrina administrativa mayoritaria. Sin embargo, esto supondría algo más que desnaturalizar el dominio, ya que si ninguna facultad urbanística conforma su contenido, la propiedad urbana no existe y de su inexistencia surge un complicado mecanismo de indemnizaciones y una imprecisión terminológica. Si el título causal atributivo de las facultades urbanísticas es el Plan, previamente deberá expropiarse el derecho de propiedad preexistente y concederse *ex novo* y sucesivamente —*adquisición gradual*— determinada facultad urbanística sobre el inmueble en pago de la expropiación o permutarse directamente la propiedad preexistente por esa facultad, con la dificultad añadida que supone la actuación del Plan sobre las edificaciones o núcleos urbanos consolidados, donde no existe compensación alguna (edificios fuera de ordenación o dentro de ordenación sujetos a la variabilidad del Plan) y la inseguridad jurídica que resulta de la ausencia del Plan, de su nueva implantación o de su variación. Aparte de que tenemos que hablar, al margen de su constitucionalidad, terminológica y

sustantivamente, de un derecho distinto del de propiedad y, tal vez, de incautación de las propiedades rústicas y urbanas afectadas y preexistentes (se trata de un derecho nuevo y atípico).

No obstante, la jurisprudencia española no ha llegado tan lejos. Las SSTTCC 11/81 y 37/87 y la STS de 2 de febrero de 1981 son buena prueba de ello. Una cosa es que el «carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria —signifique— que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística» (como dice la STS-5-1987), y otra bien distinta que el legislador disponga de su existencia. Señala el TC que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (S. 11/1981), y que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular... Por el contrario... reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como *un haz de facultades individuales* sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un *conjunto de deberes y obligaciones*» (S. 37/1987).

Tal vez, la finalidad de la interpretación *iuspublicista*, basada en la reversión de las plusvalías a la comunidad y en la ausencia de indemnización, ha olvidado radicalmente no ya la *causa* de la «incautación» de la propiedad preexistente y de la atribución de las facultades urbanísticas —como antes indicábamos—, sino el propio «sacrificio individual» en que se sitúa el propietario afectado —común a las expropiaciones—. Este queda inerte ante la intervención pública, bajo la presunción de que el cambio de naturaleza jurídica del objeto es un privilegio graciosamente otorgado (cosa que está por ver). O se incorpora al desarrollo y ejecución de la función pública de planificación o se le expropia, con la particularidad de que el proceso de urbanización le va a privar en todo caso del goce del bien concreto, imponiéndole un uso determinado y una serie de cesiones, sin compensación alguna (el valor del bien sigue siendo el mismo que antes de su afectación pública). Así pues, el pequeño propietario, sin medios para convertirse en empresario forzoso —terminología de PAREJO— o agente de la Administración Pública —como dice GONZÁLEZ PÉREZ—, se verá obligado a vender o a ser expropiado sin más por el valor inicial legamente fijado, a pesar de que lo que se transmite por obra del Plan ya no es suelo rústico, sino suelo urbano o urbanizable (sólo el que transforme físicamente el suelo en solar y lo edifique materializará y obtendrá el beneficio o ventaja de haberse incorporado al proceso urbanizador).

En definitiva, cuatro son las cuestiones que plantea el estatuto de la propiedad urbana: a) La potenciación del deber con olvido de las facultades del propietario. b) La naturaleza jurídica del Plan. c) El criterio de valora-

ción. d) Las facultades urbanísticas. Para su estudio me remito a mi trabajo *Disciplina urbanística y Protección del consumidor*.

VI. EL CONSUMIDOR Y SU ENTORNO

Con anterioridad nos hemos ocupado de la protección del consumidor en las CCEE a través del análisis genérico de sus distintas fases de evolución y desarrollo. Ahora vamos a referirnos a la protección del consumidor en el ordenamiento interno, con referencia expresa a los bienes inmuebles.

Los puntos de conexión entre el Derecho comunitario y el Derecho interno pasan de los pronunciamientos del TJCE sobre el derecho de propiedad y algunas sentencias sobre materia civil, ya que la incidencia de la protección comunitaria de los consumidores, salvo las connotaciones sobre publicidad engañosa, no afecta directamente a la propiedad inmobiliaria. Y es que, como indica VALLEJO LOBETE, «los dos campos donde, en principio, teóricamente menos debería estar presente el Derecho comunitario son los correspondientes a los derechos civil y penal». «La razón de la exclusión se encuentra en el hecho de que ambas ramas jurídicas regulan fundamentalmente las relaciones y responsabilidades de los particulares, y su influencia sobre la actividad económica no resulta especialmente relevante. Como el objetivo de la CEE es esencialmente económico, carece de sentido, *prima facie*, que el ordenamiento comunitario entre a regular los aspectos de la actividad humana que tradicionalmente se han atribuido al Derecho civil y al penal». Ello, no obstante, las interferencias no son desconocidas:

Por un lado, el cambio de orientación de Maastricht en torno a la protección de los consumidores, como muestra la reserva de Dinamarca contenida en el Protocolo 1, sobre mantenimiento de la legislación vigente sobre adquisición de bienes inmuebles distintos de las viviendas de residencia permanente, que prefigura la actuación de las CCEE sobre esta materia y, tal vez, a través de la política de protección o defensa de los consumidores.

En segundo lugar, los Convenios intercomunitarios sobre ejecución de resoluciones civiles, Convenciones de Bruselas y Lugano, antes expresadas.

En tercer término, el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificado en 1992 por España y Portugal, que contiene una exclusión expresa en el artículo 9.4: «No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo —forma del contrato—, todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la Ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que, según esta Ley, sean aplicables, independientemente del

lugar de celebración del contrato y de la Ley que lo rija en cuanto al fondo». Y el artículo 5, bajo el epígrafe «Contratos celebrados por los consumidores», señala en su número 2 que «la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la Ley del país en que tenga la residencia habitual», si en este país hubiera recibido el consumidor la oferta o la publicidad.

En cuarto lugar, «si el TJCE —escribe VALLEJO LOBETE— ha confirmado la no intromisión de la normativa comunitaria en los aspectos más privados de los regímenes jurídicos nacionales, no resulta menos cierto que ello sólo es así cuando la situación estudiada constituye una cuestión interna de un Estado miembro. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal presenta una total coherencia, abarcando cuatro ámbitos clásicos del Derecho civil: propiedad, compraventa, arrendamiento y derecho de uso de la propiedad (limitaciones administrativas a la edificación)». En cuanto al acceso a la propiedad, prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad (STJCE de 30-5-1989, Comisión contra Grecia y el caso Fearon antes visto). Sobre la libertad de establecimiento, cuando se sujeta a licencia administrativa interna la ampliación de los locales se inhibe en el supuesto de un residente contra la legislación de su propio Estado por no existir punto de interconexión entre ésta y el Derecho comunitario (asuntos 20/87 y 204/87). En materia de vicios ocultos en la compraventa, entiende que no existe discriminación para los franceses, cuya jurisprudencia extiende la responsabilidad del vendedor a los vicios ocultos de que él no tuviere conocimiento, ya que las relaciones contractuales internacionales se rigen por otra normativa (asunto C-339/89, STJCE 24-1-1991). Finalmente, se refiere VALLEJO a los contratos de arrendamiento y las condiciones de los mismos. El TJCE niega competencia a la Comisión para pronunciarse sobre un proyecto de Ley Nacional de Arrendamientos Rústicos (asuntos 6/70 y 15/70), y la propia Comisión, en respuesta de 13 de noviembre de 1990 a una pregunta parlamentaria (núm. 2098/90), entiende que no existe discriminación cuando las normas afectan por igual a nacionales y extranjeros. En conclusión, advierte VALLEJO, las interferencias normativas no exceden del ámbito de la discriminación reconocido en nuestro propio Derecho (STC de 18-7-1989 y Ley 5/1991, de 28 de febrero, sobre Arrendamientos Rústicos).

En quinto término, la Comunicación de la Comisión al Consejo de 14 de febrero de 1984 sobre la conveniencia de armonizar las legislaciones nacionales que regulan la exclusión de las cláusulas abusivas en los contratos.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo esto con los consumidores?, ¿quién es consumidor? En realidad, distintas son sus definiciones legales o, mejor dicho, sus indefiniciones legales, ya que en la actualidad, prácticamente *consumidor* y *ciudadano* vienen a ser términos sinónimos. Tal vez la clave de

ello resida en que no se puede dar un concepto estricto de consumidor, porque consumidor no es una persona determinada, sino *una situación jurídica*. Cualquiera personas, físicas o jurídicas, pueden, en la contratación de bienes o servicios, públicos o privados, situarse en la *posición jurídica* de consumidores. En la doctrina, ALBERTO BERCOVITZ entiende que es consumidor cualquier persona, natural o jurídica, cuya «situación de inferioridad» en que se haya «sea equiparable a la de *consumidor final*», sea comprador, arrendatario o asegurador. El *individuo particular*. Pero esta «situación de inferioridad» no es una posición estrictamente económica, sino *una situación profesional o empresarial*, según las reglas de las buenas costumbres. Pero con la particularidad de que la situación profesional o empresarial debe predicarse del que entrega el bien o presta el servicio. Por ello, seguramente, aparece la nota de indefinición en el número 3 de la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 aprobando el Programa preliminar antes referido; señala que «en lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarlo directa o indirectamente como consumidor». El «Proyecto de Convenio sobre la Ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores, aprobado en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional —escribe BERCOVITZ—, sesión XIV, el artículo 1.º estableció que “el presente Convenio es aplicable a ciertos contratos de venta internacional de mercancías, compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico, cuando el vendedor actúa en el ámbito de su actividad comercial o profesional”». «En la Ley portuguesa —añade este autor— de defensa del consumidor de 22 de agosto de 1981» se define al consumidor, en su artículo 2.º, como «toda persona a la que los bienes o servicios públicos (*sic*) le son abastecidos para su uso privado por una persona individual o colectiva que ejerza de manera profesional una actividad económica». La Propuesta de Directiva sobre *cláusulas abusivas* en los contratos celebrados con consumidores, presentada a la Comisión el 24 de julio de 1990 (*DOCE*, núm. C-243, de 28 septiembre), define al consumidor, en el artículo 2.3, como «una persona física que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe con un propósito que pueda considerarse *ajeno a su actividad* comercial, industrial o profesional».

De esta forma, el concepto de consumidor excluye únicamente la posición jurídica de *administrado*, si bien ello en sí mismo no es suficiente para la debida protección de sus intereses, sobre todo porque los servicios prestados por la Administración deben estar sujetos no sólo a las mismas reglas, sino a normas más estrechas. Razón por la que la prestación de servicios públicos convierten al administrado en consumidor o usuario y no sólo cuando éstos se prestan profesional o empresarialmente.

En España, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (1984) define en su artículo 1.º el concepto de consumidor empleando los términos de *destinatario final de bienes, muebles e inmuebles o servicios*, lo que excluye la adquisición para «integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Concepto que, según BERCOVITZ, no es ajeno a las nociones expresadas de ejercicio profesional o empresarial de una actividad económica por parte de quien presta el servicio, público o privado, o entrega el bien.

El Estatuto del Consumidor del País Vasco, aprobado por Ley 10/1981, de 18 de noviembre, precedente legislativo en nuestro Derecho de la Ley estatal, sigue, sin embargo, la noción abstracta comunitaria expresada en el Primer Programa de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores. Este Estatuto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, dando lugar a la STC 71/1982, de 30 de noviembre, en la que se deslinda el ámbito competencial del País Vasco frente al Estado en base a la distinción entre materias civiles —competencia estatal— y administrativas —competencia autonómica—. De su análisis se ocupa RODRIGO BERCOVITZ.

En definitiva, serán preceptos civiles y administrativos, comunitarios, estatales y autonómicos los que se ocupen de la protección inmobiliaria del consumidor. De forma directa, el Código Civil, la Ley de 27 de julio de 1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, la expresada LDC, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, y las Leyes Hipotecarias y del Notariado, con sus respectivos Reglamentos, amparados por el artículo 51 de la Constitución que propugna la garantía de «la defensa de los consumidores y usuarios».

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A pesar de que la novedad del término nos sugiere un origen relativamente moderno de la protección de los consumidores, la generalidad de su concepto entronca sus precedentes con nuestro Derecho histórico, donde no es difícil encontrar disposiciones protectoras del tráfico jurídico como las que regulan la transmisión de inmuebles, la publicidad registral, el equilibrio contractual de contraprestaciones y los vicios ocultos e, incluso, normas típicamente consumeristas. Entre ellas, por poner un ejemplo, las contenidas en las Reales Ordenanzas de la Ciudad de Plasencia, recopiladas en 1548: el Título VI, «Del pescado remojado», que prohíbe vender como pescado fresco el que no lo es; el Título XV, «Del des aguciar delas casas», contiene limitaciones legales al desahucio arrendaticio urbano; el Título XXI, «Del peso dela harina», sobre el peso público de la harina y normas contra el fraude; el Título XXIII, «Dela feria franca e de su paentamiento»,

que establecen la necesidad de vender el paño a la luz del día para evitar fraudes, y el Título XXV, «Delas condiciones del peso desconcejo».

B) EL DERECHO DEL CONSUMO

El derecho de consumo no es una disciplina jurídica autónoma, sino un conglomerado dispar de normas incardinadas en las distintas ramas jurídicas que van dirigidas a la protección del consumidor, por lo que para dar un tratamiento unitario a la materia deberían compilarse todas las disposiciones de desarrollo de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, donde se recoge el estatuto básico de los derechos del consumidor. En el ámbito inmobiliario, por su parte, las normas fundamentales son las advertidas:

1.º *LA LDC sobre condiciones generales de contratación.*

2.º *El Real Decreto 515/1989 sobre el deber de información a los consumidores en materia de promoción, construcción y venta de viviendas.*

El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que empezará a regir el 17 de noviembre del presente año, desarrollando la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha establecido severas normas en orden a la información que de parte de los vendedores han de recibir los adquirentes o arrendatarios de viviendas (v. *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*).

3.º *La Ley de 27 de julio de 1968 sobre garantías que deben prestar los promotores de viviendas que reciban cantidades a cuenta.* «Y a tales efectos se obliga a los promotores a garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual mediante contrato de seguro o por aval otorgado por entidad de crédito, y a percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una cuenta especial abierta en una entidad de crédito (art. 1.º)».

4.º *La Ley de Notariado y en especial el Reglamento Notarial*, que contiene las normas fundamentales de las escrituras públicas en sí mismo —y en cuanto establecidas en virtud del principio de seguridad jurídica— protectoras del consumidor. Así, el artículo 147 del Reglamento, redactado tras la reforma introducida por Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, que impone la obligación de información jurídica a ambas partes, asistiendo a los otorgantes y haciendo constar si la redacción del contrato obedece a condiciones generales de contratación de una de las partes. En el mismo sentido, el artículo 175 sobre la necesidad de acreditar el estado de cargas por certificación registral o la procedente consulta del Registro, que hoy actúa de oficio (Real Decreto 1558/92).

5.º *La Ley Hipotecaria y en especial el Reglamento para su ejecución,*

que al establecer el principio de calificación registral y la exclusión de los pactos personales, oscuros, y nulos potencia la labor del Registrador, en esta materia, en cuanto purifica los efectos reales de los contratos, provocando la activación de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de protección de los consumidores.

Son innumerables las disposiciones protectoras como tendremos ocasión de analizar en el siguiente apartado.

C) LA PROTECCIÓN INMOBILIARIA DE LOS CONSUMIDORES

1. *La información como medida cautelar*

El principio de seguridad jurídica inmobiliaria y la tutela efectiva de los intereses sociales y particulares en juego hacen necesario, por razones de orden público, que el ordenamiento adopte medidas institucionales y legislativas suficientes para que, al margen de la jurisdicción contenciosa, sea posible su cumplido desarrollo. Ahora bien, como quiera que la realidad muestra que no en todos los casos esa seguridad y tutela tienen lugar, y no precisamente por la ausencia de medios legales, entendemos que una de las claves, que tienden a la realización y eficacia de esos principios y fines, es precisamente la *información*.

La información, pues, ayuda a erradicar de nuestro sistema inmobiliario los supuestos de fraude, y de fraude de la más distinta naturaleza. El *consumidor y usuario*, cuando pretenda adquirir una finca rústica o urbana —solar, piso, garaje...—, debe conocer de una forma sencilla y clara cuáles son los instrumentos jurídicos que *previenen* el fraude y cuáles son los riesgos que voluntaria y conscientemente asume; debe conocer, en suma, la situación física, jurídica y fiscal del inmueble.

La situación física puede apreciarla directamente, y mejor aún, acompañando su definición con el oportuno plano topográfico y volumétrico. La finca debe estar perfectamente deslindada, y su ubicación y destino denotan su condición rústica o urbana.

La situación jurídica, civil y administrativa se patentiza a través de la certificación o del dictamen del Registrador de la Propiedad, según la complejidad del caso, y de la cédula o consulta urbanísticas. El transmitente debe ser el propietario de la finca sin limitación alguna, la finca ha de tener la naturaleza jurídica rústica o urbana que se predica y el acto que se realiza —venta, segregación, división...— debe ser conforme a la legislación aplicable, manifestándose claramente las limitaciones derivadas de su particular situación —propiedad horizontal, estatutos, vivienda de propiedad horizon-

tal, secano, regadío, monte, etc.—. Y habida cuenta de que el cambio de destino de la finca en cuestión no es un acto puramente voluntario, la discordancia entre la situación física apreciada por el adquirente y la situación jurídica manifestada por el transmitente sólo pueda concordarse mediante la oportuna cédula urbanística que declare su verdadera naturaleza jurídica y la licitud de esa alteración que la realidad revela.

La situación fiscal de la finca se muestra a través del último recibo de la contribución territorial (o impuesto de bienes inmuebles que la sustituye) y de los impuestos de transmisiones patrimoniales onerosas, actos jurídicos documentados, sucesiones y donaciones, impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos y estatal de patrimonio...

Esa información, en definitiva, no la prestan distintas personas y entidades: vendedor o transmitente, Abogado, Agente de la Propiedad Inmobiliaria, Gestor Administrativo, Oficina de Información al Consumidor, Notario, Registrador de la Propiedad, Traductor Oficial de Idiomas, Cónsul... Y la seguridad jurídica, una vez materializada la adquisición, nos la brinda de manera conjunta e indisoluble la escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La información como *medio* para conseguir esa seguridad y tutela, a que aludíamos al principio, es el objetivo que pretende alcanzar el presente estudio. El asesoramiento técnico es la piedra angular de la firmeza de la adquisición.

En términos generales, al consumidor le interesa conocer el proceso jurídico y material de formación del bien objeto de su adquisición para saber si está **legalmente** en el «comercio de los hombres», y una vez atendida esta necesidad tiene que ser consciente de la trascendencia jurídica —civil, administrativa y fiscal— del acto en la dinámica preventiva y patológica del Derecho.

2. El «principio registral» de información

El Derecho registral inmobiliario o Derecho hipotecario se inspira o fundamenta en una serie concatenada de principios básicos y generales, rectores de su contenido y positivamente formulados, sobre la que gira todo el concreto sistema tabular. Son los denominados, indistintamente, «principios hipotecarios» o «principios registrales». Y dentro de éstos podemos destacar ahora —por lo que se refiere a este punto del *sumario*— el *principio de publicidad*, formal y material, positivo y negativo.

«La publicidad en su aspecto sustantivo —o material, destaca CHICO Y ORTIZ— tiene una doble dimensión: positiva y negativa. La positiva reviste la forma de una presunción. La negativa no presume nada: afirma». Así, si

de un lado se establece la presunción *iuris tantum* de que el contenido del Registro es exacto y revela en su integridad la situación jurídica del Derecho inscrito (principio de legitimación: art. 38 LH) y la presunción *iuris et de iure* de que el tercero, en el supuesto de hecho legalmente previsto, es titular de la finca o derecho (principio de fe pública registral: art. 34 LH), de otro se «sanciona que lo que no está inscrito no afecta al que contrata confiado en el contenido registral» (art. 32 LH).

La publicidad formal, por su parte, «hace efectiva la publicidad material» como único medio de conocer el contenido del Registro. Y se desarrolla, en su aspecto positivo, a través de la manifestación de los libros —exhibición y nota simple informativa, sin garantía— y de la certificación registral (arts. 221 y sigs. LH y 332 y sigs. de su Reglamento), y en su aspecto negativo en la inoponibilidad del desconocimiento del contenido del Registro (arts. 32 LH), que por lo que se refiere a las «cargas» se activa en la contratación pública a través del artículo 175 del Reglamento Notarial.

Ahora bien, si como hemos dicho, siguiendo a CHICO Y ORTIZ, la publicidad formal «hace efectiva la publicidad material», conscientes de que publicidad formal y la publicidad material son dos aspectos de un mismo principio en cuanto la forma es el aspecto externo de la materia, requiere éste de un nuevo *complemento*, cual es el de la apreciación técnica del contenido que la publicidad expresa. Y ese complemento lo presta el propio Registrador a través del dictamen o informe no vinculante mediante el que cuantifica la trascendencia jurídico-registral del contenido de esa información a requerimiento del consumidor o usuario. Servicio profesional, pues, que pone al alcance de cualquier interesado la intelección de la publicidad material y formal, potenciando a un tiempo lo que CHICO Y ORTIZ denomina «precalificación», que presupone la valoración anticipada de los aspectos registrales de la contratación civil, una vez más, en fase cautelar (art. 355 RH).

Este «complemento» o desarrollo del principio de publicidad registral, que bien pudiera denominarse *principio de información* a instancia de parte, nos lleva, sin embargo, al planteamiento de una doble consideración práctica: la necesaria publicidad formal de las «cargas ocultas», tratada en la II Asamblea de Registradores por GARCÍA HERGUEDAS —entre otros—, por una parte, o de la discordancia entre el título y el Registro, y a la advertencia explícita de la trascendencia del tipo de publicidad solicitado (eficacia jurídica de la nota simple o de la certificación) y del plazo del asiento de presentación...). Esto es, al principio de información *ex officio* o «activado». *Ex officio* para aspectos formales, eficacia jurídica de la publicidad o plazo de caducidad del asiento de presentación, que puede constar en la propia nota, certificación o resguardo de presentación. «Activado» para los sustanciales, como las cargas no expresadas en el título o la discordancia —no impeditiva de la inscripción— de éste con el Registro, advirtiendo al consumidor de que el medio de

conocer la extensión de su derecho, si no ha consultado previamente el Registro o no aportó el transmitente la certificación registral prevenida en el citado artículo 175 del Reglamento Notarial, es la publicidad formal, suscribiendo la correspondiente solicitud si le parece conveniente. El Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, modifica el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, introduciendo la obligación de hacer constar en la nota de inscripción, al pie del título, la concordancia o discordancia de las cargas expresadas en la escritura y las resultantes del Registro.

En esta misma línea se orienta hoy la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y en particular sus artículos 90 y 92. Por el primero se da nueva redacción al párrafo 2.º del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge una prevención ya establecida para el procedimiento laboral, en los siguientes términos: «*El Registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado*». Disposición que, en virtud del principio de prioridad registral, interpretamos restringida, en principio, a aquellos supuestos de inscripción posterior de un título traslativo anterior, quiebras, suspensiones de pagos y cancelación del embargo anotado en virtud de la ejecución de un derecho preferente. Por el segundo, se redacta el artículo 1.490 de la citada Ley procesal de suerte que: «*El Registrador de la Propiedad comunicará a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes si les conviniere*». Y añade su segundo párrafo: «*La comunicación se practicará en el domicilio que conste en el Registro por correo o telégrafo. En la certificación a que se refiere el artículo anterior —certificación de cargas— se expresará el haberse practicado esta comunicación*». Como vemos, ambos preceptos responderían a lo que hemos denominado principio registral de información, *ex officio*, y atiende al desarrollo del principio de publicidad positivo, material y formal.

La reforma introducida por esta Ley 10/1992 es de extraordinaria trascendencia para el consumidor. Por un lado, se acentúa la correlación entre el Registro de la Propiedad y los Juzgados y Tribunales, evitando que se sigan procedimientos una vez ejecutada una carga preferente, inscrito un derecho dominical contradictorio con la anotación practicada o suspendida la ejecución general u ordinaria contra el deudor por la restricción de su capacidad de obrar —quiebra y suspensión de pago—, con notable economía procesal. Por otro, bajo el presupuesto del *domicilio registral* —si éste no consta no se darán los presupuestos, y valga la redundancia, de aplicación del art. 1.490 LEC— el Registrador comunicará a los titulares de derechos posteriores y no preferentes, esto es, sujetos a purga —se cancelarán cuando se materialice la adjudicación judicial del inmueble embargado, conforme al principio de

prioridad—, «el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes si les conviniera».

Ambos preceptos, por su parte, son susceptibles de aplicación sin previo desarrollo reglamentario, ya que el primero no necesita de alteración de los preceptos hipotecarios vigentes salvo en lo que se refiere a la delimitación de su ámbito material, que queda insito en el campo de la calificación registral, sin perjuicio de las matizaciones que el legislador considere convenientes (listado de aplicabilidad); y el segundo, tampoco. Por razones de técnica hipotecaria, bastará con abrir un legajo de «comunicaciones» donde se recojan los resguardos de las practicadas, haciéndose constar, facultativamente, al margen de la inscripción o anotación los derechos posteriores, la práctica de la misma y, en todo caso, en la propia certificación. Donde se reseñará, en su caso, asimismo, la imposibilidad de su práctica por no constar el domicilio del titular afectado en apartado específico, que bien pudiera contenerse en el de «observaciones», ulterior, pues, a la propia certificación, puesto que es la expedición de ésta la que se comunica, como en el caso en que se refleja la práctica de la nota marginal, o bien entendiendo, en sentido literal del precepto, que la comunicación es presupuesto de la expedición de la certificación de cargas, podrá insertarse en el cuerpo de la misma, así como podría añadirse, para mayor claridad, una certificación del Archivo, correspondiente al legajo de «comunicaciones», por xerocopia. Hoy su desarrollo se ha dictado por Real Decreto 1368/1992.

En el supuesto del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no procederán las comunicaciones citadas por estar prevenida en su regla quinta la notificación judicial para el supuesto de titularidades ulteriores no preferentes.

En definitiva, lo que se plantea en interés del consumidor es el acercamiento de las disposiciones legales al usuario en pos de la mayor explicitación posible de la seguridad jurídica (hoy se olvida de forma decidida mediante el Real Decreto 1558/92 y la Orden Ministerial de 2-8-93, que recogen las sugerencias de la Comisión Europea y del Informe del Congreso de Diputados español sobre transacciones inmobiliarias de 10-7-1989).

VII. EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONSTRUCCION

El Derecho comunitario de la construcción es todavía una noción indefinida como resulta de lo que llevamos expuesto. Son, sin embargo, las políticas agrícola, de medio ambiente y de protección de los consumidores las que afectarán directamente a las condiciones del suelo edificable y a la forma de los contratos. Hoy por hoy, la Directiva en ciernes será sobre *condiciones generales de contratación*, que sin grandes novedades se adaptará al Derecho español, ya que la LDC, el anteproyecto de Ley de Con-

diciones Generales de Contratación y el Real Decreto 515/1989 —éste en cuanto al deber fundamental comunitario de **información**— ofrecen un nivel de protección muy elevado. Otra cosa es la aplicación práctica que deben instar los consumidores y las autoridades.

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSTRUCTORES

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —Ley 26/1984, de 19 julio— regula en sus artículos 32 a 38 la normativa aplicable en caso de infracción de sus preceptos, que nosotros por el objeto de estudio hemos de poner en relación a los Reales Decretos 1945/1983, de 22 de junio, y 515/1989, de 21 de abril, sobre calidad de las viviendas e información al comprador, según más extensamente veíamos en otro lugar.

En la Ley se establece genéricamente, y sin perjuicio de su carácter supletorio respecto de lo legislado por las Comunidades Autónomas, tres tipos de sanciones que corresponden a otras tantas infracciones, no obstante la responsabilidad civil, penal o de otro orden a que haya lugar:

1. Infracciones leves, multa de hasta 500.000 pesetas.
2. Infracciones graves, multa de hasta 2.500.000 pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.
3. Infracciones muy graves, multa de hasta 100 millones de pesetas, con la salvedad advertida respecto del punto anterior y la posibilidad del cierre del establecimiento o empresa durante cinco años previo acuerdo del Consejo de Ministros.

1. Patología de la adquisición

Aspecto fundamental, en el objeto de nuestro análisis preventivo, es el de la «patología» de la adquisición, términos que quieren abarcar la extensa gama de problemas jurídicos derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, por razón de las características físicas y jurídicas de la vivienda, sin entrar en la valoración punible de la actuación de una de las partes. Cúmulo de supuestos que suelen denominarse, asimismo, fraude inmobiliario, tanto por parte del vendedor como del comprador.

Siendo requisitos esenciales de la compraventa la entrega de una cosa determinada a cambio de un precio cierto (art. 1.445 CC), el comprador deberá reparar en sí la cosa entregada, la vivienda cumple con todas las características que se concertaron al contratar y especialmente si el precio

se estableció en relación a la medida —metros cuadrados— o a tanto alzado —cuerpo cierto—, factor determinante de la posible reclamación (si se compra la vivienda como cuerpo cierto, en principio, no se puede reclamar por la falta de superficie que el documento refleja —art. 1.471—). Al vendedor le interesará, por su parte, la efectividad de la entrega del precio, y en caso de estar aplazado podrá establecer las garantías oportunas (reserva de dominio, condición resolutoria, hipoteca).

A) Teoría de los vicios ocultos

Con carácter general, suele distinguirse entre vicios ocultos y vicios patentes o manifiestos, según sean apreciables directamente o no por el comprador. En principio, la imputabilidad al vendedor se restringe a los vicios ocultos. Pero la distinción de unos y otros no siempre es tan clara como fuese de desear. Sobre todo en el caso de los vicios de la construcción.

El vendedor, conforme al artículo 1.461 del Código Civil, está obligado a la entrega y al saneamiento de la cosa vendida. Saneamiento que supone la responsabilidad del vendedor de la posesión pública y pacífica de la vivienda y de los vicios o defectos ocultos que hacen inservible o dificultan el uso a que se destina (art. 1.474). Y el saneamiento puede ser por evicción o por vicios ocultos.

a) Vicios en la construcción: saneamiento.

GÓMEZ DE LA ESCALERA distingue, dentro de este supuesto genérico, entre vicios del suelo, vicios de la dirección y vicios de la construcción, en base al artículo 1.591.1.º del Código Civil, o entre vicios del proyecto, vicios de dirección técnica y vicios de ejecución material. Y su definición jurisprudencial —siguiendo al mismo autor— es ésta.

b) Responsabilidad del propietario, promotor, constructor y técnico de la obra.

La responsabilidad decenal por vicios en la construcción requiere para surgir la concurrencia de una serie de circunstancias, que GÓMEZ DE LA ESCALERA sistematiza de la siguiente forma:

1.^a Requisito objetivo: Que el defecto sea *grave*. Esto es, que sea o pueda ser determinante del perecimiento físico o ruina, total o parcial, del edificio o su inutilidad. Por ejemplo, los vicios que afecten a la solera, grosor de los muros, impermeabilización, corrosión, inundaciones, filtracio-

nes, cimentación, red general de agua, drenaje, grietas, fisuras, desprendimientos en la fachada, humedades de techo y entresuelo...

2.^a Requisito temporal: Dentro del plazo de diez años desde que concluyó la construcción, dividiéndose la doctrina en su interpretación ya que la fecha inicial del cómputo puede ser la de la terminación material de las obras o la de su recepción por el propietario —sea o no el comitente—. GÓMEZ DE LA ESCALERA se inclina a favor del sentido material de la expresión y considera como el medio de prueba más adecuado al *certificado final de dirección de obras*, visado por los Colegios respectivos, o la *cédula de certificación definitiva*, en VPO.

3.^a Requisito causal: Se establece la presunción *iuris tantum* de que el vicio en la construcción manifestado dentro de los diez años siguientes a su conclusión obedece a la deficiente ejecución de la obra.

4.^a Naturaleza «oculta» del vicio: Es indiferente o irrelevante que el vicio sea aparente u oculto a efectos del artículo 1.591.1.º (STS de 12-2-1981). Si el vicio puede generar ruina, la obra está mal hecha. Interpretación que tiene relación con el momento inicial del cómputo del requisito temporal antes visto.

B) La responsabilidad de los terceros adquirentes. La facultad resolutoria del artículo 62 de la Ley del Suelo (45 TR/1992)

Desde la perspectiva de la legalidad urbanística, interesa al consumidor conocer el contenido de los artículos 88 y 62 de la Ley del Suelo y 25 a 29 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico, hoy artículos 22 y 43 a 45 del nuevo TRLS.

Partiendo del nuevo régimen jurídico de la propiedad, que establece la adquisición paulatina de las facultades urbanísticas, el adquirente de la vivienda debe asegurarse de la legalidad del «producto final», esto es, de que el vendedor ha llegado a adquirir el derecho a la edificación —incorporación patrimonial—. Sólo en este caso es propietario de la vivienda que enajena.

Y para hacer efectiva esta información el ordenamiento le faculta para solicitar del Ayuntamiento la misma y obliga al vendedor a hacer constar ésta en el contrato (arts. 29.1 LR, 62 LS y 45TR/92).

El deber municipal de información y resarcimiento de daños y perjuicios si la información es incorrecta procede en todo caso {*cédula urbanística*, art. 63 LS, hoy 44 TR/92. Consulta urbanística, art. 43 TR/92). La negativa o el silencio administrativo, previa denuncia de la mora, puede hacer surgir el derecho a la indemnización si la situación no expresada supone la falta de incorporación de la vivienda al patrimonio del vendedor. En otro caso, la seguridad jurídica del comprador diligente sería, en un sistema tan complejo

como el actual, inexistente. La amenaza de la expropiación o venta forzosa, excluido el beneficio empresarial que el consumidor ha satisfecho (arts. 24.2, 77.3 y 83.3 de la Ley de Reforma), de recaer sobre el responsable —sanción— pasaría al tercero, que ni puede hacer nada para que la vivienda se concluya legalmente en plazo y conforme al planeamiento (ante la inacción administrativa), ni recupera la totalidad del precio entregado, soportando la sanción (al promotor o constructor si vendió la integridad del edificio, la actuación administrativa, por este concepto, le será indiferente). Sin el deber responsable de información, la indefensión del consumidor sería absoluta.

El artículo 62 de la Ley del Suelo (hoy recogido en el art. 45 del nuevo Texto Refundido), por otro lado, aunque atiende la urbanización de terrenos, obliga al vendedor a hacer constar en el título de enajenación el carácter no edificable del terreno, la calificación de edificio fuera de ordenación, en su caso (art. 60), la fecha de aprobación de la urbanización privada (y las cláusulas que vinculan al comprador) o los compromisos adquiridos en terrenos en proceso de urbanización. En el supuesto de que omita esta referencia expresa, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de un año desde la celebración del contrato y exigir la indemnización de daños y perjuicios. El fundamento, aparte del deber de información —gravámenes o limitaciones ocultas y uso según destino—, se encuentra en la subrogación forzosa del tercero frente a la Administración, por lo que a limitaciones y deberes legales supone, y en la efectiva transmisión del suelo en la venta de viviendas sobre el plano (en proporción a la cuota). Subrogación, sin embargo, no liberatoria para el vendedor. Deber de información que hoy se complementa con la necesaria constancia en el contrato de la situación urbanística de la finca y el grado de adquisición de las facultades dominicales por el vendedor, bajo responsabilidad de éste (no puede vender lo que no es suyo), no obstante la facultad rescisoria de los artículos 1.101, 1.124, 1.483, 1.902 y 1.909 del Código Civil y la posible *simulación* si el contrato se contrae a la parcela de terreno, cuando en realidad se está vendiendo una vivienda.

2. Medidas preventivas

El Real Decreto de 30 de marzo de 1990, que entró en vigor el pasado día 3 de octubre, supone un importante y decisivo paso en la prevención del fraude inmobiliario, erradicando o reduciendo sensiblemente la excepcional posibilidad —que las estadísticas reducen a un mínimo tan insignificante que pregona inexistencia, pero que como tal posibilidad debe excluirse— de la doble venta y del acceso prioritario de cargas no expresadas en la escritura de adquisición.

La reforma del artículo 418 del Reglamento Hipotecario habilita la presentación de los documentos por *telefax*, con independencia del lugar donde radique la finca —vivienda, en este caso—, por lo que la posibilidad de fraude se limita al tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura de compraventa y la presentación en cualquier Registro de la Propiedad de España. La diligencia, pues, del interesado sigue siendo capital e irrenunciable en la defensa de sus derechos.

El Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre colaboración entre Notarios y Registradores supone, por otra parte, un notable y oportuno avance en la erradicación del fraude inmobiliario, desarrollado por la Orden Ministerial de 2-8-1993.

3. La compraventa de viviendas sobre plano en la jurisprudencia hipotecaria

Planteada sobradamente la necesidad de proteger al adquirente de viviendas sobre plano, desde la doble perspectiva civil y urbanística, como medida, incluso, de fomento de la construcción, hemos de elogiar la doctrina que sientan las Resoluciones de 24 y 25 de junio de 1991 (BOE 16-8-1991), pronunciamiento imprescindible ante el vacío legal y las dificultades de apreciación de un objeto jurídico inexistente, como destacó el Registrador, objeto —y es lo máximo apreciable— en formación, determinante de la perfección del contrato de compraventa.

Se pretendía en este caso concreto anotar una demanda de propiedad de una vivienda, compeliendo a la otra parte al otorgamiento de la escritura de elevación a público del documento privado de compraventa sobre la finca registral constituida por un solar, en contradicción al principio de tracto sucesivo, que exige en este supuesto la previa declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal.

La Dirección General, habida cuenta de la necesidad de arbitrar medios de protección del comprador —consumidor— conformes con la realidad social actual, que cohonesten con las exigencias de seguridad, certeza y fluidez del tráfico jurídico inmobiliario, entiende que si se accede a la formalización en escritura pública del contrato privado de compraventa el adquirente pasará a participar, en régimen de condominio, en el solar por el efecto traditorio de la escritura, en proporción a la cuota que se le asigna, procede la anotación de demanda, aunque tratándose de un condominio especial, por referencia a la propiedad horizontal en ciernes, hasta que no se inscriba ésta no procederá la inscripción de la propiedad separada, amparándose —puede añadirse— exclusivamente el carácter residual de la cuota indivisa.

IX. LA ARMONIZACION DE LAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE CONSTRUCCION

La vía del artículo 100A del TCEE será la habilitada para instar la armonización en cuanto a circunstancias generales de contratación, deber jurídico de información y calidad de materiales, sin que sea impensable que se abran camino las condiciones de habitabilidad de las viviendas residenciales (armonización horizontal).

La armonización vertical, como en el caso de *time-sharing* o multipropiedad, regulándose su oferta y promoción, será sin duda el primer punto de referencia dada la necesaria conexión intercomunitaria que prevé el TJCE en materia inmobiliaria para pronunciarse sobre las leyes nacionales.

Y nos referimos a la multipropiedad a título de ejemplo porque la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1988 «sobre la necesidad de llenar las lagunas jurídicas en el campo de la multipropiedad pide a la Comisión que presente una proposición de directiva sobre la armonización de las legislaciones nacionales en materia de multipropiedad; y en su Resolución de 11 de junio de 1991 sobre política comunitaria del turismo estima que la Comisión debiera presentar con urgencia una directiva general sobre la multipropiedad». Y el Consejo de las CCEE, haciéndose eco de esa necesidad, ha redactado un *proyecto de Directiva sobre multipropiedad* (aprobada el 19-11-1993 y pendiente de redacción definitiva).

Se alude en el Preámbulo del mismo a la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, transpuesta por España por Ley de 21 de noviembre de 1991, «relativa a la protección de los consumidores en los casos de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales», que «no cubre las necesidades de los consumidores adquirentes en el campo de los contratos relativos a la concesión de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, especialmente en lo que respecta a la forma y el lugar en que se celebra el contrato, la publicidad y más específicamente la *información* del adquirente, así como el establecimiento de un plazo de reflexión suficientemente largo».

La información a que se refiere el Anexo, como «Información mínima que debe contener el folleto a que se hace referencia en el artículo 8», sigue la misma línea del Real Decreto 515/1989 y no excede de sus exigencias formales. El artículo 15 sigue la técnica del respeto al Derecho nacional que establezca la máxima protección o mayor protección de los consumidores que la contemplada en la Directiva, como ocurre en España y reflejan los Anteproyectos de Ley de Tiempo Compartido y Complejos Inmobiliarios.

En este caso —puede observarse— el cumplimiento del requisito comunitario de intervención en el ámbito de los derechos reales: la *conexión* Derecho comunitario/Derecho nacional. Dice el punto 2 del mencionado Preámbulo que «el campo de los contratos relativos a la concesión de

inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido tiene actualmente un carácter especialmente transfronterizo y, en consecuencia, una incidencia sobre la libre circulación de las personas, los servicios y los capitales que constituye el objeto del Título III de la 2.^a parte del Tratado instituyente de la CEE». Basta, pues, activar la conexión comunitaria para que la materia entre dentro del ámbito del Derecho comunitario. Decimos «activar» porque los objetivos comunitarios son tan genéricos que difícilmente existe materia no susceptible, aunque sea indirectamente, de regulación (nivel y calidad de vida, protección de los consumidores, medio ambiente...).

Por otra parte, debemos dejar constancia de las disposiciones comunitarias, que si bien no inciden en el Derecho de la construcción desde una perspectiva jurídica, formal o sustantiva afectan, sin embargo, a circunstancias materiales y objetivas del proceso. Así, a partir de 1969, como señala MOLINA DEL POZO, se han ido adoptando Directivas —unas doscientas— que, entre otras materias, afectan a los «aparatos elevadores y ascensores», a los «materiales y maquinaria de obras», a los «vehículos de motor», al «vidrio cristal» o a las «sustancias peligrosas». Estos actos comunitarios intentan salvar las trabas técnicas de la armonización. Y a esta finalidad atiende la Resolución de 7 de mayo de 1985 «que aprueba el denominado "Nuevo enfoque de armonización técnica"» que dio lugar a la aprobación de una Directiva sobre «productos de la construcción».

Finalmente, no hemos de olvidar la política comunitaria en materia de *contratación pública*, que afecta tanto a los *contratos de suministro* como a los de *obras*, bajo los parámetros del denominado Libro Blanco sobre la materia que determina la línea de actuación de la Comisión, planteando la mejora de las Directivas dictadas en el sentido de asegurar «una mayor transparencia» en los procedimientos de adjudicación. El marco jurídico procedimental se articula sobre la distinción de tipos que dan lugar a los procedimientos abierto, restringido o cerrado, siendo la regla general el primero. La armonización, por su lado, viene impuesta por la Directiva 89/665/CEE, que impone la obligación a los Estados miembros de «modificar, en su caso, los procedimientos jurisdiccionales de forma que se garantice a los licitadores un recurso eficaz y rápido contra los procedimientos de adjudicación que se revelen manifiestamente incompatibles con lo dispuesto en la norma comunitaria», pudiendo adoptarse medidas cautelares de suspensión y derivarse, cuando correspondan, indemnizaciones a favor de los empresarios y proveedores perjudicados.

El 21 de abril de 1993, por otro lado, el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)* publicó la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre Cláusulas Abusivas, que comentamos en otro lugar.

LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad