

Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho Registral ⁽¹⁾

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES COMUNES A TODOS LOS REGISTROS: 1. *La primacía del Derecho comunitario*. 2. *El recurso prejudicial y los Registradores*. 3. *La publicidad registra! como garantía de terceros y consumidores*.—III. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DERECHO COMUNITARIO: 1. *Indiferencia*. 2. *Derecho comparado*. 3. *Cuestiones concretas*: A) Libertad de establecimiento. B) Certificado de identidad y capacidad de los extranjeros. C) Forma de los documentos extranjeros. D) Ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras. E) Inversiones extranjeras. F) La hipoteca en moneda extranjera. G) Otras cuestiones.—IV. REGISTRO MERCANTIL. BREVE REFERENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación de los Registradores por el Derecho comunitario no es nueva, prueba de ello es el curso que sobre este derecho se celebró ya en 1975 en nuestro Colegio Nacional, donde, con bastante más competencia que el que escribe, profesores de la talla de DÍEZ DE VELASCO, DÍEZ PICAZO y AURELIO MENÉNDEZ, y compañeros como GONZÁLEZ PÉREZ se ocuparon de diversos aspectos del Derecho de las Comunidades (2). Más tarde otros Registradores incidieron en el tema con varias publicaciones, y en diciembre del pasado año 1985, a las puertas de nuestro ingreso en la Comunidad Europea, el Centro de Estudios Hipotecarios fue pionero en la organización de un curso sobre los temas que hoy nos ocupan.

(1) El presente trabajo fue, con algunos retoques y las notas bibliográficas que hoy añado, una conferencia pronunciada en el C. E. H. de Cataluña con motivo de la inauguración del curso 1986-87.

(2) «Curso de Conferencias sobre Derecho Comunitario», C. E. H., Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1975.

El objetivo de este trabajo es simplemente una primera aproximación al tema objeto de estudio; por ello, en la mayoría de las ocasiones, las cuestiones tratadas merecerían un amplio desarrollo.

La incidencia del ingreso de España en las Comunidades sobre la Institución registra! es diversa, según el Registro que se contemple. Mientras que tratándose de una Comunidad económica es lógico que afecte de gran manera al Registro Mercantil y al de Venta a Plazos, el clásico principio internacionalista *lex rei sitae* parece excluir la posibilidad de que el Ordenamiento Comunitario afecte a los Registros de bienes y derechos reales: los de la Propiedad, Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y, por ficción legal, los de Buques y el de Aeronaves.

11. CUESTIONES COMUNES A TODOS LOS REGISTROS (3)

No obstante las señaladas diferencias, hay tres cuestiones que afectan por igual a todos los Registros: la primacía del Derecho comunitario; la aplicación e interpretación de ese Derecho por los Registradores y la función de la publicidad registral en la garantía de los intereses de terceros y de consumidores.

1. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

Tratar de resumir la debatida cuestión de la primacía del Derecho comunitario en los estrechos límites de este trabajo sería absurdo y nos llevaría a no hablar de ninguna otra cosa. Pero quiero dejar constancia de que este es el punto de partida de la importancia y trascendencia del Derecho comunitario.

El principio de jerarquía no ha sido expresamente consagrado por las disposiciones de los Tratados creadores de las Comunidades, pero en su favor pueden invocarse abundantes disposiciones que sin aquel principio quedarían privadas de efecto. Ejemplo claro son los artículos 169, 170, 171 y 177 del Tratado de Roma. Dichos preceptos instituyen procedimientos judiciales que implican la superioridad del Derecho comunitario.

Como señala PESCATORE (4), «el postulado de primacía del Derecho

(3) Hablo de Registros en sentido «corporativo», aquéllos de los que nosotros, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, nos ocupamos. Eludo así la polémica de los «Registros jurídicos», que traté en «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978», *RCDI*, 1982, pág. 1309.

(4) PESCATORE: *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Lieja, 1973, página 227.

comunitario es una "exigencia existencia!" del Ordenamiento jurídico de las Comunidades. Se deriva por necesidad de la noción misma del mercado común, objetivo primordial de la construcción comunitaria, que, traducido en términos de Derecho, se expresa por un Ordenamiento jurídico propio, marcado por los imperativos de unidad, uniformidad y eficacia».

A partir del principio —señala ROBERT KOVAR (5)— el TJCE deducirá, en primer lugar, la vocación del Derecho comunitario para surtir efectos directos en el Ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Sobre el mismo principio el Tribunal establecerá la primacía de ese Derecho.

Debe advertirse, no obstante, que el fundamento, alcance y efectos del principio han suscitado a menudo divergencias de apreciación, amén de los factores políticos.

La primacía de que se viene hablando ha sido consagrada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en múltiples ocasiones desde la famosa Sentencia Costa/Enel de 1964 (6). incluso llega a afirmarse el principio frente a las Constituciones nacionales (7). Para nuestro Derecho debe recordarse la previsión del artículo 93 de la Constitución de 1978, pensado para nuestra incorporación a las Comunidades. El citado precepto dispone que «se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

En el Reino Unido, por ejemplo, la «European Communities Act» de 1972 establece la primacía necesaria del Derecho comunitario cuando acepta el efecto jurídico de sus disposiciones en aquel país, así como de las decisiones del Tribunal de justicia relativas al contenido y efecto de los Tratados o referentes a la validez, contenido o efecto del llamado Derecho derivado o secundario. Esto supone que, por lo que afecta al Derecho escrito inglés, las disposiciones comunitarias directamente aplicables prevalecen sobre las futuras leyes del Parlamento en tanto en

(5) ROBERT KOVAR, en la obra colectiva *Treinta años de Derecho comunitario*, Luxemburgo, 1984.

(6) TJCE, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (Costa/ENEL). Pueden verse también: TJCE, 13 de febrero de 1969, asunto 14/68 (Walt Wilhelm); TJCE, 14 de diciembre de 1971, asunto 43/71 (Politi); TJCE, 30 de febrero de 1978, asunto 31/78 (Bussone); el Auto de 28 de marzo de 1980 en los asuntos conjuntos 24/80 y 97/80 (Comisión/República francesa); Las sentencias citadas pueden verse, aparte de en los Recueils oficiales, en *Grandes arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, de J. BOULOITS y R. M. CHEVALIER, Ts. I y II, 3.^a y 1.^a ed., París, 1983.

(7) Pueden verse las Sentencias del TJCE: 29 de noviembre de 1978, asunto 83/78 (Pigs Marketing Board), y 7 de febrero de 1979, asunto 128/78 (Comisión/Reino Unido).

cuanto sean contradictorias con aquéllas. En la práctica ello significa igualmente que por el mero hecho de aceptar los Tratados y devenir, de este modo, miembros de las Comunidades, el Reino Unido, como cualquier otro Estado miembro, tiene que abstenerse de adoptar una legislación nacional incompatible con el Derecho comunitario.

En Holanda, la Constitución no sólo establece que las disposiciones de los Tratados internacionales tienen primacía sobre las leyes y reglamentos nacionales existentes, sino que también especifica que tal primacía se reconoce a los actos adoptados por las instituciones exigidos por dichos Tratados, a la vez que añade que dicha prioridad se aplica incluso en los supuestos de conflicto entre una norma de Derecho comunitario y una ley nacional posterior.

La Constitución francesa dispone, en términos generales, que los Tratados y Acuerdos internacionales, debidamente ratificados o aprobados, gozarán, desde el momento de su publicación, de una autoridad superior a la de las leyes, sometido, no obstante, cada Tratado o Acuerdo a condiciones de reciprocidad por las restantes partes de dichos Tratados.

La Ley Fundamental de Bonn, texto constitucional de la República Federal de Alemania, dispone que la «Federación puede delegar por una ley derechos soberanos a organizaciones interestatales», a la vez que alude a la primacía de las normas generales del Derecho Internacional Público. No obstante, el Derecho comunitario difícilmente puede equipararse con las normas generales del Derecho Internacional Público.

La Constitución italiana es quizá menos precisa, ya que solamente prescribe que «el Ordenamiento jurídico italiano se adecuará a los principios generales reconocidos por el Derecho internacional» (8),

El efecto inmediato y la aplicabilidad inmediata de los reglamentos, decisiones y directivas sí queda recogido en la legislación comunitaria; en cuanto a los primeros, por el artículo 189 del Tratado de Roma. El citado artículo dispone: «Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán 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

(8) Artículos 66 y 67 de la Constitución de los Países Bajos; artículo 55 de la Constitución francesa; artículos 24 y 25 de la Ley Fundamental de Bonn; artículo 10, 1, de la Constitución italiana. Pueden verse también las Constituciones del Reino de Dinamarca de 1953 y de Grecia de 1975, en sus artículos 10, 1, y 28, 1] respectivamente.

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 los dictámenes no serán vinculantes.»

Respecto de las directivas y decisiones el TJCE ha afirmado el efecto directo en numerosas sentencias (9).

2. EL RECURSO PREJUDICIAL Y LOS REGISTRADORES

En la segunda de las cuestiones apuntadas hay un tema que voy a tratar muy por encima tanto por su enjundia como por su discutibilidad: la posibilidad de que los Registradores pudieran interponer el recurso prejudicial del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

El Tribunal Comunitario está facultado para dictar pronunciamientos prejudiciales cuando la cuestión la formule «un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros».

La especial naturaleza jurídica de la función registral, magistralmente expuesta no hace mucho en nuestra Revista por el Profesor LACRUZ (10), nos hace, dentro de nuestra competencia, auténticos órganos de calificación, próximos a la jurisdicción.

El Tribunal Comunitario ha aceptado, sin cuestionarse la admisibilidad o no del recurso prejudicial, consultas prejudiciales formuladas por órganos constituidos con arreglo a criterios que no son los propios de la Administración de Justicia, entre los que cabe citar los siguientes: El Comité Nacional de Seguros del Reino Unido, la Comisión de reclamación en materia de seguro obligatorio contra la enfermedad y la invalidez de Bélgica, la Comisión de primera instancia del contencioso de la Seguridad Social y de la mutualidad social agrícola de Francia, la Oficina de Conciliación de Italia y algunos otros (11).

Ante esta situación cabría preguntarse por la posibilidad de acceso del Registrador al Tribunal de Justicia. No se me oculta que la ausencia de «partes» con intereses contrapuestos, así como el carácter voluntario

(9) Ver, por todas, la Sentencia del TJCE, 5 de febrero de 1963, asunto 26/62 (Van Gend Loos). Sobre primacía del Derecho comunitario es fundamental la obra de J. V. Louis: *L'ordre juridique communautaire*, Lieja, 1973.

(10) LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *RCDJ*, 1979, págs. 75 y sigs.

(11) Casos: 17/76 (Brack/Insurance Officer); 32/70 (Union Nationale des Mutualités Socialistes/Cacciatore-La Marca); 35/70 (Manpower/Caisse Primaire d'Assurance Maladie), y 7/76 (TRCA/Amministrazione delle Finanze dello Stato).

y no contradictorio de nuestra jurisdicción, pudieran excluir esa posibilidad.

Lo que es claro es que deberíamos poder acudir en consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado ante las dudas que nos plantee el Derecho comunitario, tal como se hace para la organización y funcionamiento del Registro en el artículo 273 de la Ley Hipotecaria. Pero los estrechos límites de este precepto, y de sus concordantes reglamentarios, nos impiden esta vía. Habría que estudiar más a fondo este tema, y hoy y aquí no es el lugar ni el momento adecuado. No quiero dejar la cuestión sin recordar el artículo 100 de la Ley Hipotecaria que nos permite acudir al Presidente de la Audiencia cuando tengamos dudas sobre la competencia de Jueces o Tribunales.

3. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO GARANTÍA DE TERCEROS Y CONSUMIDORES

El tercero de los temas al principio citados es el gran quehacer de las Instituciones registrales, tanto de *lege data* como de *lege jeremía*, en distintas materias comunitarias. A título de ejemplo cabe pensar en los siguientes aspectos:

- La publicidad de la existencia y vicisitudes de las sociedades, de los *holdings* y grupos económicos, así como de sus cuentas y balances.
- La publicidad de cargas y gravámenes sobre muebles a los que accede gran número de consumidores y usuarios.
- La calificación registral de cláusulas abusivas o contrarias a ley en los contratos de ventas a plazos.
- La protección del comprador a plazos de una vivienda mediante anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad, tal como se hace en Derecho inglés o alemán.
- La publicación de garantías de las cédulas hipotecarias emitidas sobre créditos hipotecarios españoles y colocadas en el mercado exterior comunitario.

Examinadas las tres cuestiones generales paso a acuparme de algunos aspectos comunitarios del Registro de la Propiedad y del Mercantil.

111. REGISTRO DE EA PROPIEDAD Y DERECHO COMUNITARIO

1. INDIFERENCIA

Al relacionar el Registro de la Propiedad con el Derecho comunitario, la primera reacción que causa el tema es de sorpresa o indiferencia: el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los bienes inmuebles y derechos reales impuestos sobre los mismos; y la publicidad de la propiedad y demás derechos sobre bienes inmuebles se regirán por la ley del lugar donde se hallen, según rezan los artículos 1.º de la Ley Hipotecaria y 10, 1, del Código Civil.

El mercado inmobiliario, según se desprende de los citados preceptos, está regido por los principios de territorialidad y soberanía. Por ello nuestro ingreso en la Comunidad Económica Europea no parece que produzca alteración alguna en el campo inmobiliario registral. Quizá aumenten las relaciones sobre inmuebles y derechos reales españoles con elementos personales de extranjería, pero, al no disponer nada sobre este particular ninguno de los Tratados constitutivos de la CEE, el estado actual de la cuestión es el mismo que antes del 1 de enero de 1986: las relaciones de nacionales de la Comunidad con inmuebles y derechos reales españoles se rigen por las normas generales del Derecho Internacional privado y por la legislación española sobre inversiones extranjeras.

2. DERECHO COMPARADO

Ante este panorama sería fácil caer en el comparativismo jurídico. La comparación entre los distintos sistemas registrales suena a oposiciones, a primeros temas de legislación hipotecaria. Desde que PIERRE ODIER y ANTOINE DE SAINT JOSEP empezaran el estudio comparativo de los Registros europeos de bienes, todos los que hemos escogido esta profesión nos vimos obligados, vía ROCA SASTRE primero y hoy mediante los Estudios de CHICO ORTIZ, a conocer las coincidencias y divergencias entre los Registros de Europa. Les relevo, pues, de estas consideraciones comparativas que son el punto de partida de lo que paso a exponer.

La organización y funciones de la Institución registral española en nada deben alterarse por la incorporación a la CEE, ya que cada Estado miembro mantiene su propio sistema, y dentro de los países comunitarios encontramos muy variados Registros: de transcripción, de encasillado, de extracto, sajones, etc. Incluso dentro de un mismo Estado encontramos varios sistemas, tal como ocurre en Italia o Alemania, posibilidad

esta que veda el artículo 149, 1, 8, de la Constitución española para nuestro Derecho.

3. CUESTIONES CONCRETAS

Además de los aspectos generales antes señalados, hay cuestiones concretas que atañen muy de cerca al Registro de la Propiedad, y que paso a enumerar, más que a examinar, a continuación.

Dos de las tres grandes libertades comunitarias: la de establecimiento y la de libre circulación de capitales, acaban llegando al Registro por vía del reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades y de las inversiones de nacionales comunitarios en inmuebles españoles.

A) *Libertad de establecimiento*

Para que una sociedad de un Estado miembro de la Comunidad pueda establecerse en España libremente es requisito previo e imprescindible que se le reconozca por nuestro Ordenamiento personalidad jurídica. Pensando en ello el artículo 220 del Tratado de Roma previó la firma por los Estados miembros de Tratados que se ocuparan de esta cuestión. Para asegurar el reconocimiento de sociedades, en cumplimiento del citado artículo, se firmó el Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968, al que deberá adherirse España, tal y como se compromete en el artículo 3.º, 2, del Acta de adhesión a las Comunidades. La firma del Tratado, que no tardará en llegar, nos obligará a replantear la existencia y capacidad de las personas jurídicas en los términos que resultan del Convenio.

La repercusión de la ratificación del citado Texto internacional (aún no vigente por falta de ratificación del Reino de los Países Bajos) en nuestra labor calificadora será la de simplificar el actual sistema que nos exige un conocimiento o una prueba del Derecho de la nacionalidad de la persona jurídica de que se trate (12).

B) *Certificado de identidad y capacidad de extranjeros*

También la capacidad de las personas físicas debe ser apreciada por el Registrador en los términos del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, cuando de extranjeros comunitarios se trate. Para simplificar

(12) Sobre este interesante tema del reconocimiento de sociedades y demás personas jurídicas, *vid.*, por todos: GOLDMAN: «Le project de convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales», en *Rebels Zeitschrift.*, 1967, págs. 201 y sigs.

nuestra labor en este punto, y lograr además una mayor seguridad jurídica, se ha planteado, con objeto de facilitar el tráfico comunitario, la posibilidad de emitir un documento notarial denominado provisionalmente como «certificado de identidad y capacidad» para las personas que actúan jurídicamente en país extranjero. En la actualidad este proyecto, iniciado por la sección de Mercado Común de la Unión Internacional del Notariado Latino, se encuentra en fase de trabajos preliminares en la Conferencia de La Haya.

C) *Forma de los documentos extranjeros*

En el ámbito de la forma de los documentos otorgados en países miembros de la Comunidad deben tenerse en cuenta los Tratados internacionales suscritos por España en temas como el Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de formalidades en las legalizaciones. Aparte de los Convenios internacionales hay que prever una mayor afluencia de documentación extranjera en la que habrá de considerarse todo el conjunto de problemas de las formas internacionales: equivalencia de formas, regla *locus regit actum* o *auctor regii actum* y sus excepciones, etc.

D) *Ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras*

Próximo al tema de la forma, en cuanto título material que puede acceder al Registro, puede colocarse la ejecución y reconocimiento de sentencias judiciales dictadas por jurisdicciones de los Estados miembros de las Comunidades.

El citado artículo 220 del Tratado de Roma preveía también la conclusión entre los Estados miembros de un Convenio para la simplificación de las formalidades relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales. El citado artículo dispone: «Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: ... el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes...».

Los Estados miembros suscribieron el 27 de septiembre de 1968 un Convenio sobre jurisdicción y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, modificado en 1978 y 1982 como consecuencia de las ampliaciones comunitarias. Ahora España y Portugal deberán también firmar el Convenio.

Las decisiones dadas en un Estado contratante se benefician en los demás de un reconocimiento de pleno derecho, es decir, que sus beneficiarios pueden prevalerse de ellas ante cualquier interesado, persona privada, autoridad administrativa o jurisdicción, sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento (art. 26 del Tratado).

La Convención impone a todos los Estados contratantes un procedimiento de *exequatur* que se caracteriza por su simplicidad y rapidez (13).

E) *Inversiones extranjeras*

Si hablamos de inversiones extranjeras, el ingreso de España en la Comunidad ha supuesto una reforma profunda aún no concluida.

La Ley de Bases de Delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas incluyó entre los textos legales a modificar el de inversiones extranjeras. En cumplimiento del encargo asumido en la citada Ley se han publicado ya, el 27 de junio y el 25 de septiembre de este año, la Ley y el Reglamento de Inversiones Extranjeras.

No es el momento de examinar el contenido de las disposiciones citadas y su adecuación al Derecho comunitario, tanto por la importancia del tema como por su extensión.

Hay que dejar constancia, sin embargo, de que este aspecto de la libre circulación de capitales es quizá el que más interesa al Registro de la Propiedad.

La libre circulación de mercancías exige, como complemento natural, la libre circulación de capitales. No obstante, en el Derecho comunitario europeo vigente, el capital, a diferencia de las mercancías, no es todavía libremente transferible entre los Estados miembros. Es verdad que, según el Tratado CEE (art. 67), los Estados fundadores se obligaban a eliminar progresivamente todas las restricciones a la libre circulación de capitales pertenecientes a sus residentes y a suprimir las normas reguladoras de las transferencias de capital que discriminaran entre los inversores por razón de su nacionalidad, su país de residencia o el lugar de la inversión. A su vez, los nuevos Estados miembros se deben comprometer en el Acta de Adhesión a eliminar esas mismas restriccio-

(13) La bibliografía sobre el tema es abundante: GOLDMAN, B.: «Un traité fédéral: la Convention entre les États membres de la CEE sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RTDE*, 1971, 1. JENARD, P., y SCHLOSSER, P.: «Rapports sur la Convention du 27 septembre 1968 et sur la Convention du 9 octobre 1978», *DOCE*, núm. C 59, del 5 de marzo de 1979. KRTNGS, E.: «L'application de la Convention de Bruxelles de 1968 par la CTCE», *CDE*, 1981, 151. WESSER, M.: *La Convention sur la reconnaissance et l'exécution...*, Pédone, 1975.

nes para el final del período transitorio. Así lo hizo el Reino de España en el artículo 61, 1, del Acta de Adhesión.

Dos antiguas Directivas del Consejo (del 2-V-1960 y 18-XII-1962) exigen a los nuevos y a los primitivos Estados miembros que autoricen las transferencias de capital para un cierto número de fines, entre ellos las inversiones directas y las inversiones en inmuebles. Estas mismas Directivas especifican que esas transferencias se harán sobre la base de los tipos corrientes de cambio. Establecen también la disminución de restricciones a la inversión indirecta por parte de residentes de un Estado miembro en empresas de otros Estados miembros. La verdad es que se trata de proyectos ambiciosos, pero de alcance muy matizado, sí no reducido.

Quizá con el Acta Única Europea, ratificada por España el 26 de noviembre de 1986, pueda llegarse a una mayor eficiencia en la libertad de circulación de capitales, al menos para el 31 de diciembre de 1992, ya que según su artículo 13:

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

Artículo 8A.

La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, de conformidad con las disposiciones del presente artículo y de los artículos 8B, 8C, 28, apartado 2 del 57, 59, apartado 1 del 70, 84, 99, 100A y 100B y sin perjuicio de lo establecido en las demás disposiciones del presente Tratado.

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado»,

Pero hoy por hoy las limitaciones a las transferencias de capitales deben abolirse sólo en la medida necesaria para asegurar «el funcionamiento adecuado del mercado común» (art. 67).

Basta examinar atentamente el texto de los artículos 67 a 73 del Tratado CEE y el de los actos normativos que los desarrollan para descubrir, como señala PLENDER (1.4), que la obligación de abolir las restricciones a la libre circulación de capitales está formulada con una estudiada imprecisión. Por otra parte, debe señalarse expresamente que, en el caso de perturbaciones monetarias, los Estados miembros pueden

(14) PLENDER, R.: *introducción al Derecho europeo*, Madrid, 1984, págs. 113 y 114.

reintroducir controles, con permiso de la Comisión, o sin él en caso de emergencia (art. 73 del Tratado). La Comisión *no* se ha mostrado remisa a la hora de conceder tales permisos a los Estados que las solicitan. A la vista de estas consideraciones, no cabe sino concluir que los artículos 67 y 71 del Tratado CEE no pueden producir efectos directos en los que un justiciable pueda apoyarse. Conclusión refrendada ya por el Tribunal Comunitario, en lo que al artículo 67, 1, se refiere, en el reciente caso *Casati* (1.5), primero en el que el Tribunal se ha ocupado de la libre circulación de capitales.

Ejemplo de lo expuesto son las limitaciones impuestas por Francia e Italia a sus residentes para invertir en inmuebles sitos en el extranjero (16).

Nuestra actual situación es de plena libertad para invertir fuera de nuestras fronteras y dentro de la Comunidad (arts. 62 a 66 del Acta de Adhesión del Reino de España), claro es que sin perjuicio de nuestra legislación sobre el control de cambios.

Quiero detenerme algo en el examen del concepto «liberalizar» dentro de las Directrices de 1960 y 1962, citadas más arriba.

Si se examina el artículo 1.º de la Directiva de 11 de mayo de 1960, que es el que afecta a inversiones en inmuebles, se verá que habla de conceder cualquier autorización y de simplificar en lo posible las formalidades de autorización y control. Según esto, tanto los artículos 12 y 13 del Real Decreto-ley de inversiones extranjeras de junio de este año como los artículos 12 a 14 del Reglamento de la misma Ley se encuentran dentro de las Directivas comunitarias al exigir verificación o autorización para estas inversiones. Aunque se trata de una autorización muy *sui generis*, ya que necesariamente han de ser concedidas, sin que quepa la denegación, pues el artículo 3.º de la Directiva de 1960 no admite restricciones en materia de inversiones inmobiliarias.

Más complicada es la inversión en zonas estratégicas, reguladas hoy en el artículo 13 del Reglamento de inversiones Extranjeras de 25 de septiembre de 1986, respecto de la que quizá quepa mantener su especialidad por razones de interés público.

Por último, quiero insistir, para esta materia, en que los artículos 61 y 63 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades prevé que pueda deferirse hasta el 31 de diciembre de 1990 de libertad de inver-

(15) Caso 203/80 (GUERRINO CASATI).

(16) Puede verse la decisión de la Comisión CEE de 19 de noviembre de 1984 sobre las restricciones admitidas para Francia e Italia en inversiones de sus nacionales en inmuebles sitos en Estados comunitarios. Para nuestro Derecho, recientemente, la *Orden* de 25 de marzo de 1987 del Ministerio de Hacienda, en desarrollo del Real Decreto de 7 de noviembre de 1986 sobre inversiones españolas en el exterior (especialmente arts. 19 y sigs. de la Orden).

sión de los residentes en España en inmuebles de Estados miembros de la Comunidad, pero las inversiones de extranjeros en España están ya totalmente liberalizadas al no existir previsión de ninguna moratoria para la entrada en vigor del Tratado de Roma y de las Directivas que lo desarrollan.

F) *La hipoteca en moneda extranjera*

Incardinado en el gran lema de la libertad de circulación de capitales se encuentra la hipoteca en moneda extranjera. La garantía hipotecaria del crédito en moneda extranjera se encuentre! admitida por todas las legislaciones de los países miembros de la CEE, con excepción del Derecho griego y con alguna peculiaridad en Derecho escocés. Nuestro Derecho abordó ya la cuestión en 1959 en el artículo 219, 1, del Reglamento Hipotecario, con bastante acierto.

Es de suponer que la existencia de un mercado común multiplique el número de estas hipotecas, razón por la cual existe una Propuesta de Directiva de la Comisión de la CEE de 5 de febrero del pasado año 1985,

En la Propuesta de Directiva se pretende liberalizar el crédito hipotecario, superando los obstáculos que se presentan en los diversos países a la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el campo hipotecario (recuérdese el art. 123 del reciente Reglamento de inversiones Extranjeras, que establece la autorización administrativa previa para la concesión de préstamos hipotecarios).

Consecuencia de la finalidad liberalizadora es que el artículo 4.º de la Proposición de Directiva imponga a los Estados miembros de la CEE la derogación de las disposiciones que impidan a los establecimientos de crédito la concesión de préstamos hipotecarios a nacionales de otros Estados miembros, según las técnicas financieras y jurídicas admitidas en su Estado de origen para los nacionales.

Los problemas de estas hipotecas se solventan en la Propuesta con la técnica de la hipoteca de máximo, que es el sistema de nuestro Reglamento Hipotecario, pero quedan algunos problemas por resolver, como el de la variación que pueda experimentar la divisa correspondiente desde el momento del incumplimiento de la obligación garantizada al de pago, pasando por la ejecución (17),

(17) El proyecto de proposición de directiva del Consejo de la CEE sobre la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el campo del crédito hipotecario, de 4 de febrero de 1985 (*JOCE*, núm. C 42/4, 14 de febrero), fue enmendado por el Parlamento europeo en febrero de 1987. Sobre el crédito hipotecario en la CEE pueden verse: ELÍZALDE Y AYMERICH, P.: «El mercado hipotecario en Europa», *RCDL*, 1986, págs. 787 y sígs., y la bibliografía que allí se cita. CASERO METÍAS, M.: «El crédito hipotecario en la CEE», en *RCDJ*, 1987, pági-

G) *Otras cuestiones*

En materia inmobiliaria deben tenerse también en cuenta una Directiva de abril de 1963, así como otra del mismo mes de 1968 que se ocupan de la libertad de establecimiento en las explotaciones abandonadas o incultas desde hace más de dos años y de la libertad de los agricultores nacionales de un Estado miembro para acceder a las diversas formas de crédito en otro Estado comunitario. Las dos Directivas son de gran interés en cuanto afectan a la propiedad rústica y al crédito fundiario, pero una exposición detallada de ambas y de su vinculación con nuestra Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables sería objeto de especial atención que no cabe en los límites de esta conferencia.

IV. REGISTRO MERCANTIL. BREVE REFERENCIA

Así como en el ámbito del Registro de la Propiedad había que hacer un esfuerzo para comprender la influencia del ingreso en las Comunidades sobre el Ordenamiento hipotecario, cuando se contempla el Registro Mercantil, la trascendencia de la incorporación a nuestro Derecho del acervo comunitario salta a la vista. La razón es el carácter económico y, por tanto, mercantil, de las Comunidades.

El artículo 2.º del Tratado de Roma señala como misión de la CEE la de promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad mediante el establecimiento de un mercado común.

Uno de los cometidos que se fijó el Tratado constitutivo de la CEE fue la armonización legislativa, que no unificación, del Derecho de sociedades, y dentro de éste, como establece el artículo 54, 3, g), coordinar, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger a los socios y terceros.

El catálogo de Directivas y Propuestas de Directivas aprobadas es tan amplio, que, en el momento actual, con excepción del régimen de disolución y liquidación, el Derecho de sociedades se ha visto íntegramente afectado por el proceso de armonización comunitaria.

Desde la exigencia de un capital mínimo para la constitución de la Sociedad Anónima hasta quiénes están autorizados para censurar las cuentas de la sociedad, hay una gran variedad de aspectos del régimen

ñas 807 y sigs. VENET, G.: «Les perspectives de libéralisation du crédit hypothécaire dans la Communauté Européenne», en *Rev. du Notariat Belge*, 1987, páginas 122 y sigs.

jurídico de sociedades que están afectados por el Derecho comunitario. Entre estos aspectos, uno de los que más ha preocupado al Consejo de la Comunidad es lograr la garantía del conocimiento comprensivo y correcto de la situación patrimonial de la sociedad y de los resultados de su actividad.

Sería muy largo examinar las siete Directivas ya vigentes y la Propuesta de la quinta Directiva, pero quiero puntear, más que analizar, algunos aspectos que afectan muy de cerca al Registro Mercantil.

La primera Directiva, de 9 de marzo de 1968, tiende a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades comprendidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado de Roma, y proteger así los intereses de socios y terceros. Como se ve, el contenido no puede ser más registra!.

Si colocamos de un lado la citada Directiva y de otro nuestras leyes de sociedades y el Reglamento del Registro Mercantil, observaremos, igual que sucede con las demás Directivas, analogías y diferencias. Mientras que el objeto de la publicidad mercantil es muy similar en unos y otros textos, encontramos profundas diferencias entre los efectos positivos y negativos de la fe pública. De la misma manera podríamos seguir con otros preceptos de ésta y otras Directivas.

Voy a detenerme en los procedimientos de publicidad que regula la primera Directiva, que necesariamente habremos de recibir no sólo en nuestro Ordenamiento, donde ya están recogidas, sino también en la práctica jurídica y registral.

Las diferencias entre el Derecho español y la Directiva eran acusadas antes de la reforma del Código de Comercio por Ley de 21 de julio de 1973. La razón de ello obedecía básicamente a que nuestro sistema se basaba exclusivamente en el dato de la inscripción registral, sin obligación de publicar en *Diarios* o *Boletines Oficiales* las inscripciones practicadas. A raíz de la Ley de 1973 se introducen en nuestro Ordenamiento diversos medios técnicos que coinciden sustancialmente con los del Derecho comunitario: existencia de un Registro público y publicación de los datos del Registro en un *Boletín Oficial del Registro Mercantil* e inserción en la documentación y correspondencia mercantil de las sociedades de los datos identificadores de su inscripción en el Registro. Pese a esta aproximación, subsisten todavía diferencias notables derivadas, por un lado, del hecho de que la anterior regulación está pendiente de incorporación al Reglamento del Registro Mercantil y, por otro, del alcance puramente informativo de la publicación de los datos registrales en el *Boletín* especial, mientras que en la Directiva de referencia el nacimiento de la sociedad lo determina no la inscripción en el Registro, sino la publicación en el *Boletín*.

En cuanto a los efectos —como señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (18)—, es preciso adaptar nuestro Ordenamiento al Derecho comunitario tanto respecto de los efectos positivos como de los negativos. En cuanto a los primeros, existe una abierta discordancia del contenido de los artículos 26 del Código de Comercio y 2.º del Reglamento del Registro Mercantil con el sistema de publicación e inscripción de la Directiva, destinado a proteger al máximo la buena fe del tercero frente a los actos oponibles por la sociedad, discordancia que será preciso subsanar. En relación con los efectos negativos, la peculiaridad del Ordenamiento comunitario frente a las legislaciones nacionales radica —si exceptuamos la regla general de no oposición a terceros más que a partir de la publicación de los actos— en la facultad concedida a estos últimos de valerse siempre de los actos e indicaciones respecto de los cuales *no* hayan sido aún cumplimentadas las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces (art. 3.º, 7). Pues bien, los artículos 24, 26 y 29 del Código de Comercio y 2.º, 3, del Reglamento del Registro Mercantil no mencionan la exigencia de la buena fe del tercero como presupuesto de protección por vía de la publicidad negativa. Sólo en el artículo 1.º del Reglamento del Registro Mercantil se apunta este principio de fe pública registra! al establecer que la declaración judicial de inexactitud o nulidad no perjudicara los derechos adquiridos conforme al contenido del Registro Mercantil por el tercero de buena fe. Resulta, en consecuencia, inexcusable una modificación en esta materia.

Como se ve, la reforma de la legislación mercantil en tema de publicidad, tanto en medios como en efectos, ha de ser amplia. Esperamos del legislador una cuidadosa adecuación al Derecho comunitario y una gran concordancia entre el *Boletín* y el Registro citados para lograr así la mejor garantía de socios y terceros.

El artículo 10 de la Directiva sobre publicidad exige escritura pública para la constitución de las sociedades cuando no exista un control preventivo de dicha constitución. Nuestro Ordenamiento en este punto cumple con creces el Derecho comunitario, al exigir, conforme a los artículos 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 80 del Reglamento del Registro Mercantil, el doble requisito de escritura pública y calificación registra! de las sociedades.

Donde cabría un mayor control y mejor protección de terceros es en la fase previa a la inscripción; el Registrador mercantil podría examinar los actos anteriores a la constitución definitiva: ventajas especia-

(18) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «La adaptación de la legislación española de sociedades al Derecho comunitario europeo», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1980, pág. 584.

les en favor de los fundadores, realidad de las aportaciones dinerarias y no dinerarias, adquisiciones realizadas por las sociedades durante la fase constitutiva, obligaciones y pactos concluidos en nombre de la sociedad, y un etcétera más o menos largo que incluiría no sólo la actuación previa a la constitución, sino todos los actos de la vida societaria: aumentos y reducciones de capital, emisiones de obligaciones, amortización de acciones, etc.

El sistema apuntado ha sido adoptado, en parte, por la legislación portuguesa de sociedades de 1987, en la que se armoniza el Derecho portugués con el comunitario (19).

Las Directivas que siguen a la examinada se ocupan también de la protección de socios y terceros por medio de la publicidad registral y así el artículo 10 de la segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976 exige que se publique en el Registro Mercantil, y en el *Boletín* del mismo el informe del perito sobre las aportaciones no dinerarias a la sociedad, lo que hace pensar en la posibilidad de replantear el tema de la concordancia entre los Registros de la Propiedad y Mercantil. El artículo 35 de la misma Directiva exige publicidad registral para la amortización de capital suscrito sin la simultánea reducción; la cuarta Directiva de 25 de julio de 1978 exige la publicación de las cuentas anuales y del informe de la gestión de la sociedad en el Registro; la misma publicación exige para el proyecto de escisión de sociedades el artículo 4.º de la sexta Directiva de 17 de diciembre de 1982 y en igual forma se pronuncia el artículo 38 de la séptima Directiva de 13 de junio de 1983 sobre cuentas consolidadas de grupos de sociedades.

Esta breve enumeración pone de relieve la confianza y preocupación de las Comunidades en la institución registral como medio de garantía de socios y terceros.

(tanto a los temas estrictamente registrales están los que atañen al Derecho de sociedades, que supondrán una amplia reforma de nuestro Ordenamiento, ya en marcha. Respecto de la reforma debe señalarse la profundidad de la misma y la grave alteración que supondrá para nuestro armonioso sistema, de forma que los retoques no han de hacerse rompiendo la orgánica unidad que hoy tenemos. Nos hemos encontrado, por suerte y gracias al esfuerzo de juristas como DE CASTRO y GARRIGUES, con un sistema muy acabado de sociedades y también hemos tenido la suerte de ingresar en las Comunidades con bastantes Directivas en vigor, lo que espero permita realizar nuestra armonización sin los trau-

(19) Puede verse un comentario al proyecto, hoy convertido en Ley, en CATIRO, A.: «Vers une nouvelle législation portugaise sur les sociétés commerciales», en *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, núm. 66, páginas 12 y sigs.

mas que supuso la adaptación de Italia y Francia, por ejemplo, que en poco tiempo hubo de adaptarse en reiteradas ocasiones.

Hasta ahora se ha hablado casi exclusivamente del Derecho vigente, pero los Registros, todos ellos, pueden ayudar a solucionar temas todavía pendientes hoy de regulación: en las agrupaciones europeas de interés económico creadas por el Reglamento comunitario de 25 de julio del pasado año, donde se prevé la designación por los Estados miembros de los Registros adecuados para su constitución y funcionamiento; en los créditos al consumo que regula la Propuesta de Directiva sobre los mismos de 1979; en las certificaciones intercomunitarias de ausencia de quiebra, y en un etcétera que omito en aras de la brevedad de esta exposición.

Después de lo expuesto creo que nos deben quedar claras dos cosas: hemos de estudiar a fondo el Derecho comunitario y tenemos que hacer un esfuerzo de imaginación para lograr la armonía de nuestras viejas instituciones con los nuevos tiempos y el nuevo Derecho; unos tiempos y un Derecho que —al modo que lo dijera ORTEGA— nos sitúan en una amplitud ultranacional o, mejor, supranacional, por encima de la exigüidad de los Estados nacionales.

JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE
Registrador de la Propiedad