



EURIE

Inmigración y Envejecimiento en Europa
Observatorio Europeo de Gerontomigraciones (OEG)



Boletín OEG de Investigación, nº 5, mayo de 2012

UNA ESTRATEGIA DE CONFIANZA Y SEGURIDAD JURÍDICA PARA LOS EXTRANJEROS COMUNITARIOS

LA ELECCIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE Y DE LA LEY APLICABLE A SUS CONTRATOS INMOBILIARIOS

I. Premisas y escenario de las transacciones inmobiliarias transfronterizas de los gerontoinmigrantes

El asentamiento permanente o temporal de los jubilados extranjeros de origen comunitario o de países asociados (en adelante, *GIC*) en los lugares de retiro españoles se ha basado, principalmente, en la adquisición de la propiedad de viviendas, vinculada o no a la contratación de un préstamo hipotecario. En otros casos, los particulares han optado por fórmulas mixtas de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico. Los menos han optado por el arrendamiento de viviendas.

En los años de la euforia económica, no había problemas de confianza ni sentimiento de inseguridad. Y viceversa: en los años de confianza en el mercado, la euforia económica no tenía límites. No había tiempo para pensar, sólo para el lucro económico que suponía el tráfico inmobiliario. Aunque la gran mayoría de los *GIC* compraba sus inmuebles para uso propio, no se puede negar que estuvieran atraídos por la garantía que en aquellos momentos suponía dicha inversión y que no encontraban en sus países de origen.

El Derecho tenía poco valor; se pensaba que nada iba a pasar. Administración, empresarios, profesionales y particulares, un amplio sector de entre ellos, se aliaron en un juego compulsivo, altamente rentable para los intereses privados, irresponsable en muchas ocasiones y deficientemente controlado, que resultó ser efímero. Los resultados son de todos conocidos.

Toca ahora penar las culpas y, entre tanto, pensar, investigar, innovar, controlar, responsabilizarse, esforzarse... Entre las estrategias que cotizan hoy al alza en el mercado de la confianza perdida aparecen, de un lado, el adoctrinamiento en valores éticos como la lealtad, la honestidad, la austeridad, la solidaridad, etc. que inundan los documentos políticos de las instancias comunitarias y nacionales al objeto de conseguir una *Europa capaz de alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, como propone la reciente Comunicación de la Comisión "Europa 2020", de marzo de 2012. De otro lado, deviene estratégica la utilización, años atrás abandonada, de los

instrumentos jurídicos en aras de la seguridad jurídica y de la ordenación de la convivencia.

Todos los estudios demográficos concluyen que el movimiento transfronterizo de jubilados es principalmente de origen comunitario, aunque ahora se esté abriendo también a Rusia y China. Por ahora, por tanto, el análisis jurídico del fenómeno está presidido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, por la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios que eligen España como destino para vivir sus años de jubilación. Para fomentar dicha libertad, el Título V del TFUE persigue la consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y concede a los particulares (personas físicas o jurídicas) la posibilidad de elegir el tribunal competente para conocer de sus demandas y la ley aplicable a sus reclamaciones de naturaleza civil.

Ello significa que cada Estado seguirá teniendo su legislación en materia de contratos de compraventa de viviendas, de contratos de préstamos, de derechos de propiedad, etc. En consecuencia, la libertad, la seguridad y la justicia no irán necesariamente de la mano de la unificación del Derecho civil en toda Europa¹, sino: 1) de una correcta y unificada gestión de las distintas jurisdicciones soberanas y de las diferentes leyes de cada Estado miembro; 2) de la coordinación entre las autoridades

¹ Respecto del reto, se han dado ya algunos pasos con los "Principles of European Contract Law" (Ole Lando *et al.*, eds., *Principles on European Contract Law prepared by the Commission on European Contract Law*, Den Haag, Kluwer International, 2000-2003) y con el Marco Común de Referencia (vide C. Von Bar, E. Clive y H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, München, Sellier, 2009; S. Sánchez Lorenzo, ed., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva Europea y transnacional*, Madrid, Civitas, 2009). Con la reciente Propuesta de Reglamento en materia de compraventa europea se trata de conseguir un código de contratos alternativo y opcional al nacional, aunque quedan excluidas las compraventas de inmuebles y los contratos de préstamos relacionados.



de cada Estado miembro para garantizar al máximo las garantías jurídicas mediante una estrecha colaboración y transparencia informativa, y 3) mediante la aceptación de un principio de confianza institucional que permita el reconocimiento mutuo de los productos jurídicos elaborados por autoridades extranjeras comunitarias. Este es el mensaje del Consejo Europeo de mayo de 2010 en el Programa de Estocolmo de 2010-2014.

La explicación técnica de los instrumentos jurídicos que sustentan estos tres objetivos excede de los límites y de la finalidad de este número del Boletín, que sólo busca seleccionar, de entre ellos, aquellos que superen el test de la gerontomigración, y, por tanto, sirvan para fortalecer y equilibrar el movimiento de gerontomigrantes. Por ello, nos vamos a referir en lo que sigue a aquellos instrumentos jurídicos que fomenten la confianza de los GIC, promuevan el mercado y garanticen la seguridad jurídica y los derechos de ciudadanía, la sostenibilidad del sistema y los intereses públicos y privados.

II. La autonomía de la voluntad en la elección del tribunal competente, de la ley aplicable y del fedatario público

Al ciudadano le supone un plus de confianza y seguridad la posibilidad de saber que, si algo va mal, será el tribunal y el Derecho más cercanos, de más fácil acceso y/o comprensión, quienes conozcan de y rijan sus reclamaciones, independientemente de las particularidades de dicho Derecho y de las ventajas o perjuicios concretos que su contenido le depare. Sólo la libertad de poder elegir Tribunal y el Derecho aplicable genera confianza al particular. Conscientes de ello, los Reglamentos comunitarios, no sólo en materia inmobiliaria –que son las que nos interesan ahora–, sino también en materia de Derecho de familia, han optado por abrirle la carta de Derechos a los particulares para que sean ellos, asesorados por los operadores jurídicos de su confianza, y a ser posible en su lengua, quienes elijan el tribunal competente en caso de contienda y el Derecho por el que regir sus problemas en el futuro.

En unos casos la libertad es muy amplia, como en el ámbito contractual², y en otros, más restringida, como en lo relativo

² El art. 23 del R44/2001 permite a las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, acordar que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, siendo dicha competencia exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Si se trata de un consumidor que ha sido captado por la empresa en su residencia, dicha sumisión contractual no será válida, salvo que la ratifiquen las partes una vez iniciado el pleito (art. 17.1 R44/2001). Para los contratos *Boletín OEG de Investigación*, nº 4, abril de 2012

a divorcio o sucesiones³, y ello en función de los intereses en presencia de cada institución. Pero siempre existirá la posibilidad de elegir de entre la diversidad jurisdiccional y legal. Ello es una apuesta de la UE para preservar los derechos de cada Estado miembro en tanto que expresión cultural de los pueblos, y para fomentar la confianza, la previsibilidad y la seguridad jurídica, al tiempo que promueve la movilidad de los ciudadanos. La elección de tribunal y de la ley aplicable a los contratos prevista en los Reglamentos 44/2001 y 593/2008, respectivamente, será posible sólo para las relaciones personales entre los contratantes (validez, nulidad, cumplimiento, resolución, etc.), pero no en cuanto a cuestiones relacionadas con el Derecho de propiedad, como por ejemplo la ejecución hipotecaria, que deberá ventilarse ante las autoridades españolas y regirse por el Derecho español (art.22.1 R.44/2001 y art.10.1 CC). Siendo una previsión legal inderogable por las partes, en ocasiones resultará poco eficiente, pues ocurrirá que el mejor escenario para la subasta pública del bien hipotecado no sea España –por los escasos licitadores en estos momentos de crisis–, sino el domicilio en el extranjero del deudor, sobre todo cuando coincida allí también una sucursal de la entidad acreedora. Ahora bien, en cuanto a la reclamación del resto de la deuda pendiente tras la ejecución hipotecaria, y sin perjuicio de las soluciones posibles de dación en pago pactadas o

celebrados después del 17 de diciembre de 2009, les será de aplicación el R 593/2008, que permite la libertad de elección de cualquier Derecho de la UE o de fuera de la UE (art. 3.1), salvo que se trate de contratos de consumo que no tengan por objeto un derecho real inmobiliario y siempre que los consumidores hayan sido captados en su residencia (art.6). En estos casos juega el principio de mayor favorabilidad entre la ley elegida y la ley de la residencia habitual del consumidor.

³ El art. 5 del Reglamento 1259/2010, que se aplicará a partir del 21 de junio de 2012, permite a los cónyuges convenir la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro. Igualmente, el futuro Reglamento en materia de sucesiones permite a cualquier persona, en su art. 17, designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea, pudiendo elegir entre las que posea en el momento de la elección. Cuando dicha ley sea la de un Estado miembro, las partes interesadas podrán acordar que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la ley elegida tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier asunto en materia de sucesión (art. 5bis).

legales, la parte acreedora podrá reclamarla allí donde se encuentren bienes del deudor mediante las fórmulas ágiles previstas por el Reglamento 44/2001 y el Reglamento 805/2004.

Por tanto, el derecho a elegir el tribunal y la ley aplicable a las relaciones privadas entre los particulares es un derecho comunitario de los ciudadanos y un coste de información y de gestión que deben asumir los profesionales españoles que quieran conquistar cuotas del mercado internacional. Si seguimos encorsetados en el Derecho civil español será difícil que conquistemos la confianza de los extranjeros. No se puede abrir mercado a coste cero, al menos en épocas de escasa confianza en nuestro sistema jurídico como la actual. La internacionalidad tiene un precio, que en este caso es la formación en Derecho comparado de nuestros profesionales o la incorporación a sus estructuras de asesoramiento de especialistas en Derecho extranjero. Esta opción, abierta a Europa y menos localista que la seguida en España, se vería compensada por los beneficios que reporta en relación con la conquista de la confianza y de nuevos escenarios de mercado. De otro lado, la toma en consideración de las conexiones extranjeras de las relaciones transfronterizas y el consiguiente control de oficio de la competencia y la aplicación de la ley extranjera en su caso son un imperativo de justicia para las autoridades judiciales y extrajudiciales, al tiempo que una obligación internacional derivada principalmente de nuestros compromisos con Europa, de donde proceden la mayor parte de jubilados que pueblan el litoral mediterráneo. Con el tiempo, la formación y la experiencia, el reto se convertirá en rutina a través de su normalización, como ha ocurrido en otros países experimentados en el ámbito del comercio internacional y de la multiculturalidad. De otro lado, el temor a la inseguridad que supone el desconocimiento del Derecho extranjero se debe paliar, como hemos visto, con especialización y con la utilización de los instrumentos jurídicos de cooperación en vigor al servicio de la justicia.

En España, sin embargo, dicho derecho a optar se ha obviado sistemáticamente a los particulares. La gran mayoría, por no decir todos los contratos tanto de compraventa de viviendas situadas en España como de préstamos realizados por las entidades financieras españolas, se han documentado en España, ante notario español y sometidos a los tribunales españoles y a la ley española. No se ha tenido en cuenta ni la nacionalidad ni la residencia en el extranjero de los clientes, muchos de los cuales han sido captados fuera de España. Incluso cuando el extranjero volvía a su país de origen, a Alemania por ejemplo, que es el caso que tenemos documentado, como lo hacen muchos GIC cuando su economía se derrumba, enviudan o alcanzan un alto grado de enfermedad o dependencia, y vendía su vivienda situada en España a

Boletín OEG de Investigación, nº 4, abril de 2012

algún residente en Alemania ante un notario alemán, el Registro español le ha negado la inscripción del inmueble⁴ como reacción cautelosa ante los riesgos de deslocalización del suculento mercado inmobiliario. Se ha forzado así al particular a una nueva tramitación documental ante notario español, con el consiguiente doble desembolso económico y las molestias de otro tenor generadas a ciudadanos de avanzada edad, todo ello desnaturalizando el mandato de los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario, que permiten la inscripción de los títulos extranjeros, y obstaculizando la libertad de circulación y los dictados de la confianza mutua europea.

Por ahora hay ya jurisprudencia y amplia doctrina que se oponen a esta práctica⁵. Esperemos que en breve el Tribunal Supremo termine con la incertidumbre, aunque, al parecer, la tendencia del Notariado parece flexibilizarse hacia la libre circulación del documento público en el seno de la Unión Europea, como acaban de manifestar en el XI Congreso Notarial, celebrado a principios del mes de marzo de este año.

La práctica ha demostrado que el control de la legalidad de las transacciones inmobiliarias que ejercen los notarios pertenecientes al Notariado Latino como son los de España, Alemania, Francia entre muchos más, es imprescindible para la defensa de los intereses públicos y privados. El Notariado Latino controla la legalidad del acto en defensa de los intereses de los contratantes, de terceros que puedan verse afectados por el negocio y del Estado que le ha delegado su función, controles inexistentes en el Notariado Sajón más partidario del seguro de las transacciones. De aquí que el notario alemán de nuestro ejemplo pueda documentar la transacción inmobiliaria de sus conciudadanos, con independencia de que el bien inmueble se encuentre en España. Podrá realizar el control de capacidad, de identidad y de conocimiento igual o quizás mejor que el notario español, porque lo hará en la misma lengua y desde los mismos parámetros culturales que tiene el particular alemán. En cuanto al control de la legalidad

⁴ Res.DGRN de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005.

⁵ Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006 y de Alicante de 5 de julio de 2007 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006. Véanse, entre otros, los comentarios de Sixto Sánchez Lorenzo ("La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *Diario La Ley*, 6425, de 20/02/2006) y Beatriz Añoveros ("Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2005", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 72, octubre-diciembre de 2006, pp.1295-321).



respecto al fondo y a la forma del contrato, deberá aplicar el Reglamento 593/2008, sobre ley aplicable a los contratos internacionales, igual que el notario español que conduce a la ley alemana si la hubieran elegido las partes. Dicha ley regirá la formación, existencia, contenido y validez del contrato, su interpretación, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias de la nulidad del contrato o del incumplimiento total o parcial de las obligaciones (incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas), los diversos modos de modificación y extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se ha de tener en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento. En cuanto a la forma del contrato, el notario alemán deberá aplicar el derecho español, que exige escritura pública como condición de validez del acto, ya que el bien inmueble se encuentra en España (art. 11 R 593/2008), pero siguiendo las disposiciones notariales alemanas⁶. Podrá controlar los datos catastrales, así como las cargas que pesan sobre el inmueble y cualquier otra limitación inscrita en el Registro de la Propiedad español (opción cada día más factible dada la apertura de algunos Registros en numerosos idiomas)⁷. Las posibilidades de acceso a la información disponibles en la actualidad permiten que pueda realizar todo tipo de comprobaciones que garanticen la titularidad y el poder de disposición del vendedor, como es su obligación, si no quiere arriesgarse a responder ante su cliente con fuertes sumas indemnizatorias. Sin embargo, existen controles cuyos costes de información y gestión para el notario extranjero pueden resultar desproporcionados, como son los controles fiscales de la operación y urbanísticos. Es cierto que el Registrador de la Propiedad español podrá compeler a las partes al cumplimiento de estos controles si no los hubiera realizado el notario alemán, pero creo que resultaría mucho más eficaz una colaboración previa entre

⁶ STS de 23 de junio de 1977.

⁷ Es el caso del Registro de la Propiedad de Valencia, cuyo acceso se permite en ocho idiomas. De otro lado, el servicio EULIS contiene información sobre los Registros de la Propiedad inmobiliaria de Europa y enlaces con sus respectivas sedes electrónicas; permite acceder a información oficial de todos los países participantes sobre bienes inmuebles y derechos reales. Finalmente, el proyecto CROBECO destaca por su empeño en el fomento de la confianza en las relaciones jurídicas transfronterizas; en él se inserta el proyecto ELRA.

autoridades⁸ distribuyéndose las cargas y cobrando sus servicios proporcionalmente.

Al igual que existe un expediente de control previo que puede expedir el juez encargado del Registro Civil para los españoles que pretendan contraer matrimonio fuera de España si lo exigiera la autoridad extranjera, de *lege ferenda*, se podría incluir en el Reglamento notarial un precepto similar al art.252 del RRC, al objeto de que el notario extranjero incorpore un certificado del notario español de aquellos extremos de derecho público exigidos por la normativa española, que adjuntaría a la escritura pública que posteriormente remitiría al Registro de la Propiedad español. Evitaríamos la duplicidad documental, aseguraríamos la absoluta legalidad transfronteriza del acto, fomentaríamos la libertad de circulación de documentos, fortaleceríamos el principio de confianza comunitaria, y los dos notarios participarían del control de legalidad y de la retribución del servicio a partes proporcionales por el control realizado y sin cargas adicionales para el ciudadano. Es una colaboración que luego revertirá en el notario español fedatario principal en numerosos testamentos de jubilados residentes en España, que necesitarán certificados de control de notarios extranjeros.

III Conclusiones

En resumen, en los años de confianza ciega en el mercado inmobiliario, empresarios y profesionales españoles han conquistado mercado extranjero sin asumir los costes de la internacionalidad, esto es, a coste cero. Hoy, las cosas han cambiado, la seguridad y la confianza se han perdido y la conquista del mercado requiere algunas renuncias incómodas para los profesionales en un país como España, de poca cultura internacional, esto es, con escaso calado del Derecho comunitario y de las técnicas legislativas de regulación de la justicia civil transfronteriza. Pero, afortunadamente, queda mucho que hacer aún.

M^a Teresa Echezarreta Ferrer
Directora del OEG



Inmigración y Envejecimiento en Europa
Observatorio Europeo de Gerontomigraciones
Observatorio Europeo de Gerontomigraciones

<http://www.gerontomigracion.uma.es/v2>

⁸ Rafael Arenas, "Denegación de la inscripción de un documento en el Registro de la Propiedad español por el hecho de ser extranjero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp. 344.

