

## Jurisprudencia actual del TJCE con repercusiones sobre la práctica notarial\*

### Contenido

1. Cómo opera el Derecho Comunitario	101
2. Derecho inmobiliario	102
2.1. Venta de inmuebles por el sector público y derecho sobre ayudas	102
2.2. Respeto de la normativa en materia de adjudicaciones en el caso de compra-venta de terrenos con la obligación de construir y en contratos de urbanización	105
2.3. Procedencia de los requisitos de autorización en las adquisiciones de inmuebles transfronterizas	110
2.4. Efecto de la rescisión en contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales para la escritura notarial	112
3. Abuso de las cláusulas contractuales	115
4. Derecho de sociedades	115
4.1. Empresas municipales y respeto del derecho de adjudicación	115
4.2. Restricciones a la libertad de establecimiento de sociedades que tienen su sede en otros Estados miembros	118

### 1. Cómo opera el Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario, como es bien sabido, **forma parte del Ordenamiento Jurídico Nacional de cada uno de los Estados miembros**. En este sentido, el Derecho comunitario no es un derecho extranjero, que el notario no tiene necesidad de conocer<sup>1</sup>. Por ello, el derecho comunitario, en la praxis notarial actual sigue teniendo tan sólo una vida aparente. Ello se debe por una parte a que la mayor parte del Derecho comunitario como son, por ejemplo, los ámbitos jurídicos del Mercado Común de Productos Agrícolas, la Unión Aduanera, el Derecho de la Competencia, el Derecho del Trabajo y el Derecho Social o el Derecho de la Propiedad Industrial, apenas si tienen relevancia en la práctica notarial. Pero poco a poco, y al parecer de manera inexorable, la regulación del derecho comunitario se va extendiendo también a los ámbitos esenciales del trabajo notarial, como es el Derecho Inmobiliario, el Derecho de Sucesiones y de Familia, el Derecho de Sociedades y el Derecho Civil General<sup>2</sup>.

La escasa relevancia del Derecho comunitario para el trabajo notarial se deriva también del **modo de operar** del Derecho comunitario. El Derecho comunitario es de aplicación inmediata en todos los Estados miembros y tiene primacía sobre el Derecho nacional de ser contradictorio. Partiendo de esta primacía se plantea por tanto la cuestión de diferenciar la aplicación inmediata, o sea la cuestión de si la norma concreta del Derecho comunitario tiene que ser aplicada directamente por las autoridades y los tribunales, con los consiguientes derechos y obligaciones inmediatos para el individuo, sin que se haya adoptado una medida de transposición al Derecho nacional. Si una norma del Derecho comunitario está

configurada en su contenido de tal manera que deja a los Estados miembros un marco discrecional para su aplicación deberá producirse un acto jurídico nacional para que el Derecho comunitario tenga relevancia en la práctica notarial.

Si tomamos como referencia el **Derecho comunitario primario**, en particular el Tratado CE, el TJCE sólo ha ratificado la aplicación inmediata de unas pocas normas. En relación con el Derecho Civil cabe citar, en particular: el Art. 12 del Tratado CE (prohibición de discriminación<sup>3</sup>), Art. 43, 48 del Tratado CE (libertad de establecimiento<sup>4</sup>), Art. 49, 50 del Tratado CE (libre prestación de servicios<sup>5</sup>), Art. 56 del Tratado CE (libre movimiento de capitales<sup>6</sup>) y Art. 88, apartado 3 del Tratado CE (prohibición de conceder o modificar ayudas<sup>7</sup>).

Asimismo, las disposiciones de los **Reglamentos de la CE**, que con su efecto generalmente abstracto son equiparables, en un sentido material, a las leyes (nacionales) rigen también en todos los Estados miembros, al igual que el Derecho Primario, sin necesidad de proceder a su transposición. Los derechos y obligaciones del individuo sólo se consideran fundados si la disposición concreta del reglamento contiene obligaciones claras e incondicionales para los Estados miembros.

Todavía más diferenciado es el modo de operar de las **Directivas**. Las Directivas tienen que ser transpuestas en primer lugar al Derecho nacional por los Estados miembros. La interpretación del Derecho nacional ha de tener lugar a la vista de la Directiva por lo que debe darse preferencia a aquella interpretación que ayude a aplicar la Directiva (interpretación conforme a la Directiva). Las disposiciones de una Directiva sólo tendrán relevancia práctica inmediata si la Directiva en cuestión no hubiera sido transpuesta por los Estados miembros dentro del pla-

\* Dr. ANDREAS KNAPP, Notario en Abensberg, Alemania. Este documento contempla la jurisprudencia del TJCE hasta el 1.7.2006. Las resoluciones del TJCE relacionadas con el Derecho Notarial y los Aranceles Notariales no son objeto de este artículo.

1 A propósito del Derecho alemán: WINKLER, *Beurkundungsgesetz* (Ley del procedimiento de escrituración), 15 Edición. 2003, § 17 BeurKG núm. 271.

2 Uno de los proyectos actuales de la Comisión es la elaboración de un marco de referencia común para el Derecho Civil. Este proyecto, de todos modos, ha perdido mucho interés en los últimos meses (LEIBLE, *Europäisches Privatrecht am Scheideweg*, NJW 2008, 2508, KAMPAUSEN, *Europäisches Vertragsrecht – quo vadis?*, notar 2008, 56 und 87) Ver a este respecto, entre otros, desde la perspectiva notarial: J. SMITS, *Einige kritische Anmerkungen zum Umgang mit den Grundlagen des europäischen Vertragsrechts*, Notarius International 2001, 142; G. WEHRENS, *Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, Notarius International 2001, 212; SCHMUCKER, DNotZ 2005, 897; JEEP/VOSSIUS, Notar 2005, 101; LANGHEIN, Notar 2005, 119; LEHNE/SCHULTE-NÖLKE/STAUDENMAYER, Notar 2005, 157)

3 TJCE, Sentencia del 13-2-1985, Asunto 293/83 (*Gravier*), Recop. 1985, 593.

4 TJCE, Sentencia del 21-6-1974, Asunto 2/74 (*Reyners*), Recop. 1974, 631.

5 TJCE, Sentencia del 3-12-1974, Asunto 3/74 (*van Binsbergen*), Recop. 1974, 1299.

6 THE, Sentencia del 31-1-1984, Asunto 282/82 y 26/83 (*Luisi y Carbono*), Recop. 1984, 377.

7 TJCE, Sentencia del 11-12-1973, Asunto 120/73 (*Lorenz*), Recop. 1973, 1471.

zo establecido y la disposición concreta fuera lo suficientemente clara y determinante que implicara su aplicación inmediata. Pero también en este último caso, la Directiva no transpuesta sólo tiene un efecto vertical, es decir, sólo es aplicable en la relación poder público/ciudadano<sup>8</sup>. La jurisprudencia del TJCE rechaza el efecto horizontal, es decir entre los ciudadanos<sup>9</sup>.

Las Directivas no tratan directamente de las circunstancias relacionadas con el Derecho privado. En este sentido tampoco cambia nada la circunstancia de que el notario, como sujeto revestido de poder público, esté desempeñando una actividad soberana al redactar el contrato. De lo que se trata precisamente es de elevar a público y protocolizar los acuerdos entre partes privadas. Si el notario estuviera obligado a aplicar directamente la Directiva el legislador comunitario conseguiría intervenir, por la vía de la protocolización obligatoria, si bien al menos a cargo de una de las partes contratantes, si bien al legislador esta potestad sólo le está reconocida en las circunstancias en que esté facultado para adoptar decretos<sup>10</sup>.

Desde esta perspectiva resulta fácil comprender que la lectura del Diario Oficial de la UE o de la recopilación oficial de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para los notarios, por lo menos en estos momentos, no merece realmente la pena si tenemos en cuenta el coste y la utilidad que se pueda derivar de ello. Sin embargo conviene tener muy en cuenta algunas resoluciones más recientes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las consiguientes resoluciones a nivel nacional, en la medida en que pueden afectar directamente a la actividad notarial.

## 2. Derecho inmobiliario

Hasta ahora las principales repercusiones prácticas de la jurisprudencia del TJCE se pueden ver en el derecho inmobiliario.

### 2.1. Venta de inmuebles por el sector público y derecho sobre ayudas

En primer lugar aparece aquí el cumplimiento de la prohibición de conceder **ayudas estatales** no comunicadas y no autorizadas. Los notarios intervienen con frecuencia en operaciones de venta de inmuebles, por parte de municipios, ciudades, el estado federal o las regiones, a empresas, en el marco de las cuales se conceden a las empresas compradoras ayudas bajo las formas más diversas. Se puede tratar, por ejemplo, de la venta de un antiguo terreno militar para su posterior uso civil como parque de ocio, de la privatización de terrenos agrícolas o forestales de propiedad pública, por parte del *Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben* (Organismo oficial con competencias especiales relacionadas con la Reunificación) o de la venta de terrenos industriales, en los polígonos y parques tecnológicos desarrollados en las distintas regiones a partir de los años 90. En su afán por conseguir el establecimiento de empresas, las ciudades y los municipios ofrecen a menudo ayudas a las empresas con la finalidad de obtener unos ingresos a largo plazo, a través del impuesto sobre actividades económicas y del impuesto sobre la renta, o de crear puestos de

trabajo o simplemente, para hacer frente a una parte de los gastos de urbanización de los polígonos industriales, que con frecuencia están sobredimensionados.

En estas operaciones de compraventa no se tienen en cuenta a menudo las disposiciones del Derecho comunitario.

#### 2.1.1. Antecedentes de las ayudas

El **Art. 87 y siguientes del Tratado CE** prohíbe esencialmente la concesión de ayudas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, en la medida en que afecten **a los intercambios comerciales entre los Estados miembros**. La característica del menoscabo para los intercambios comerciales, según la jurisprudencia del TJCE, se considera que existe cuando como consecuencia de los beneficios fiscales concedidos a la empresa puedan producirse repercusiones futuras en los intercambios comerciales entre los Estados miembros<sup>11</sup>. La sospecha, a este respecto, viene justificada precisamente por el fortalecimiento de la capacidad financiera de la empresa. El TJCE hace una interpretación muy amplia de esta característica. A la vista del incremento de los intercambios comerciales transfronterizos y de la mayor movilidad de los consumidores, esta interpretación debe tomarse como regla al referirse a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Sólo cuando se trate de actividades económicas puramente locales se puede hablar de una ayuda en el sentido del Art. 87 y siguientes del Tratado CE<sup>12</sup>.

#### 2.1.2. Consecuencias jurídicas

De conformidad con el Art. 88 apartado. 3 frase 1 del Tratado CE, la Comisión debe ser informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la su-

8 La Directiva, sin embargo, no puede establecer por sí sola obligaciones para los individuos por lo que, por ejemplo, tampoco se pueden deducir sanciones penales partiendo directamente de una Directiva (ver al respecto, entre otras, TJCE, Sentencia del 3-5-2005, Asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02 (*Berlusconi*), Recop. 2005, I-3565. Todas las resoluciones del TJCE a partir de mediados de 1997 pueden descargarse en Internet del sitio web: <http://curia.europa.eu/>.

9 E particular TJCE, Sentencia del 14-7-1994, Asunto C-91/92 (*Facini Dori*), Recop. 1994, I-3325, núm. 25.

10 Cf. TJCE, Sentencia del 14-7-1994, Asunto C-91/92 (*Facini Dori*), loc. cit., núm. 24.

11 TJCE, Sentencia del 17-9-1980, Asunto 730/79 (*Philip Morris*), Recop. 1980, 2671, núm. 11.

12 La Comisión ha definido qué se entiende por una actividad económica puramente local, por ejemplo, en su resolución *Freizeitbad Dorsten* (publicada bajo [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie/n258-00.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n258-00.pdf)). Se trataba en este caso de la privatización de dos piscinas cubiertas y de una piscina descubierta, por parte de la ciudad de Dorsten, con unos 80.000 habitantes, en Renania del Norte-Westfalia, con unas pérdidas anuales de 2,4 millones DM. El Ayuntamiento concedió al nuevo explotador un derecho de superficie, durante un período de 35 años, contra pago de un canon apropiado y se obligaba al pago de una cuota anual en concepto de gastos de explotación por importe de 2 millones de DM. La Comisión rechazó el que esto suponía un incumplimiento del Art. 87 y siguientes del Tratado CE en particular porque no se trataba de una instalación singular en la región de Renania del Norte Westfalia y en Alemania, con una zona de influencia de aprox. 50 km. y porque la distancia hasta los Países Bajos era superior a 50 km.

ficiente antelación para que pueda presentar sus observaciones. De conformidad con el Art. 88 apartado 3 frase 3 del Tratado CE el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que la Comisión haya dictado una decisión definitiva. Precisamente en el año 1973, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había reconocido el efecto inmediato de la **Obligación de informar**, de conformidad con el Art. 88 apartado 3, frase 1 del Tratado CE y de la **Prohibición de ejecutar, de conformidad con el Art. 88 apartado 3, frase 3 del Tratado CE** y decidió que el incumplimiento de la obligación de información y de la prohibición de ejecutar obliga al Estado miembro a solicitar la devolución de la ayuda y al receptor, respectivamente, a devolver la ayuda recibida<sup>13</sup>.

En el año 1991, el Tribunal de Justicia, en el asunto **FNCE** resolvió que “los tribunales nacionales [partiendo del incumplimiento de la obligación de informar] deben resolver a favor de los individuos que puedan recurrir en base a dicha infracción, de acuerdo con todas las consecuencias del Derecho nacional tanto por lo que respecta a la validez de los actos jurídicos para la ejecución de las medidas de ayuda como también respecto a la recuperación de las ayudas financieras concedidas habiéndose incumplido esta disposición u otras eventuales medidas provisionales<sup>14</sup>.” De acuerdo con el TJCE el hecho de que una ayuda no notificada pueda ser aceptada posteriormente por la Comisión como legalmente correcta no implicará, sin embargo, la anulación de los efectos antes citados<sup>15</sup>.

Como consecuencia de esta jurisprudencia del TJCE, en los últimos años, en los escritos publicados en alemán había prevalecido la tesis de que la omisión de la notificación conduce a la **nulidad del contrato que incluye la ayuda**<sup>16</sup>.

En el año 2003, el BGH (Tribunal Supremo Alemán), compartiendo este punto de vista, resolvió que el Art. 88, apartado 3, frase 3 del Tratado CE representa una ley prohibitoria en el sentido del Art. 134 del BGB (Código Civil Alemán) y por lo tanto, un contrato de compraventa en estas circunstancias se consideraría nulo en su totalidad<sup>17</sup>. La resolución del BGH no permite sin embargo deducir si la nulidad afecta también a la transmisión del inmueble. En la literatura especializada se defienden a este respecto ambas opiniones<sup>18</sup>. Si en la cesión del inmueble como tal se aprecia que se contempla una ayuda, en mi opinión, en cualquier caso y como consecuencia tenemos que admitir también la ineficacia de la transmisión.

En todo caso la jurisprudencia del TJCE significa que el notario, si apreciara que se concede una ayuda, en el sentido del Art. 88 del Tratado CE, sin que se haya tramitado el procedimiento de notificación<sup>19</sup> tiene que rechazar la protocolización y el otorgamiento de la escritura. Para el notario, sin embargo, resulta muy difícil saber si estamos en presencia de una ayuda sujeta a la obligación de informar.

### 2.1.3. Excepciones

La Comisión, en el año **1997**, en forma de una **Comunicación** resumió los casos en los que las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos no representan en ningún caso una ayuda estatal<sup>20</sup>.

En consecuencia, una operación de compraventa en la que se haya desarrollado el **procedimiento de oferta general y sin condiciones**, publicitado de manera suficiente (como si se tratara de una subasta) no representa una ayuda estatal. La publicación deberá tener lugar a lo largo de un período de tiempo más largo (dos meses o más), varias veces, en la prensa nacional, en anuncios inmobiliarios

13 TJCE, Sentencia del 11-12-1973, Asunto 120/73 (*Gebr. Lorenz GmbH*), Recop. 1973, 1471, núm. 8.

14 TJCE, Sentencia del 21-11-1991, Asunto C-354/90 (*FNCE*), Recop. 1991, I-5505, núm. 12.

15 Igualmente, en la resolución FNCE ya citada se dice a este propósito: “La citada resolución concluyente de la Comisión no implica en consecuencia la subsanación de las medidas de ejecución llevadas a cabo con infracción de la prohibición del Art. 93, apartado 3, frase 3 del Tratado CE [ahora Art. 88, apartado 3, frase 3 del Tratado CE] y que por tanto son ilegales, ya que de lo contrario afectaría al efecto inmediato de estas disposiciones y podría lesionar los intereses de los individuos cuya defensa, como más arriba es expone, es competencia de los tribunales nacionales. Cualquier otra interpretación supondría una falta de observancia del Art. 93, apartado 3, frase 3 del Tratado CE por parte del Estado miembro en cuestión y supondría eliminar el efecto práctico de esta disposición” (TJCE, Sentencia del 21-11-1991, Asunto C-354/90 (*FNCE*), loc. cit., núm. 16).

16 STEINDORFF, *EuZW* 1997, 7 ss.; el mismo, *ZHR* 152 (1988), 7, 8 ss.; SCHROEDER, *ZHR* 161 (1997), 805, 811 ss.; PECHSTEIN, *EuZW* 1998, 495; REMMERT, *EuR* 2000, 476 ss., MARTIN-EHLERS, *WM* 2003, 1601.

17 BGH, Sentencia del 4-4-2003 – V ZR 314/02, *MittBayNot* 2004, 250 = *WM* 2003, 1491 = *ZfR* 2004, 73 con observaciones, p.ej. de MARTIN-EHLERS, *WM* 2003, 1601, 1603 ss.; PECHSTEIN, *EuZW* 2003, 447; KIETHE, *RIW* 2003, 782, 785, con quien coincide, por ejemplo, KNAPP, *MittBayNot* 2004, 252, 253. En el caso de partida se trata de la confirmación oficial de contratos de compraventa nulos según el Art. 141 del BGB en aplicación del Art. § 3 a de la *AusgLeistG*. Los contratos de compraventa notariales, en virtud de los cuales se procedió a la venta de terrenos agrícolas y forestales de propiedad pública a sus antiguos aparceros a un precio por debajo del real fueron considerados nulos, en opinión del BGH en razón a la ayuda obtenida y que no fue notificada.

18 GRZIWOTZ, *ZfR* 2004, 53, 54, no excluye la nulidad de la transmisión como consecuencia de una infracción del Art. 88, apartado 3, mientras que se expresan en sentido contrario SCHMIDT-RANTSCH, *NJW* 2005, 106, 109, HÖFINGHOFF, *RNotZ* 2005, 387, 399 s.

19 Los detalles del procedimiento de investigación por parte de la Comisión están regulados en el Reglamento núm. 659/1999 del Consejo, de 22-3-1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Artículo 93 del Tratado CE, DOCE L 83, 1 – en adelante “Reglamento”. Una vez recibida la solicitud completa, la Comisión procederá en un plazo de dos meses a un examen previo (Art. 2 y 4 del Reglamento). Si tras este examen previo, la Comisión comprueba que la medida notificada plantea dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el procedimiento contemplado en el apartado 2 del Art. 93 del Tratado CE (Art. 4, apartado 4 del Reglamento). Si la Comisión no hubiera adoptado ninguna decisión dentro del plazo de dos meses se considerará que la Comisión ha autorizado la ayuda (Art. 4, apartado 5 del Reglamento). El procedimiento de investigación formal puede llevar a la conclusión de que la medida notificada no constituye una ayuda estatal (Art. 7, apartado 2 del Reglamento), de que la ayuda es compatible con el mercado común (Art. 7, apartado 3 del Reglamento) o de que la ayuda no es compatible con el mercado común (Art. 7, apartado 5 del Reglamento).

20 Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos del 10-07-1997, DOCE C 209, 3.

liarios o en otros órganos de publicación apropiados. Sin condiciones significa una petición de ofertas en la que todo comprador interesado, básicamente y con independencia del sector en que desarrolle su actividad, puede adquirir el edificio o el terreno y puede utilizarlo para su actividad económica. Las restricciones en razón a la protección del vecindario o del medio ambiente, la protección de la salud pública o con el objeto de evitar acciones puramente especulativas, así como las restricciones de carácter urbanístico impuestas al propietario de un terreno, de conformidad con la legislación nacional, no interfieren con el concepto de una oferta sin condiciones. Las condiciones que sobrepasen este marco se considerarán sin condiciones si todos los potenciales compradores están en situación de cumplir dicha obligación, con independencia de su actividad económica y tanto si ejercen como si no una actividad económica.

Si no se optara por el procedimiento de petición de ofertas se considerará que no existe una ayuda si antes del otorgamiento de la escritura se ha obtenido una tasación independiente utilizando los servicios de un **tasador independiente** y de esta manera y tomando como base los indicadores de mercado y las normas de valoración generalmente reconocidas se ha determinado el valor de mercado. Si el precio de mercado así establecido es el que figura como precio de compraventa, o incluso un precio superior, desaparece en todo caso la obligación de informar. Si después de realizar los esfuerzos apropiados se verificara que es imposible vender la propiedad por el precio establecido en la tasación la Comisión considera que una **reducción de hasta el 5% puede considerarse todavía como conforme al mercado**. Si el inmueble no pudiera venderse tampoco a este precio la Comisión considera que debe procederse a una nueva valoración por parte del tasador. Pueden establecerse determinadas obligaciones especiales que afectarán al inmueble, pero no a la persona del comprador o a su actividad económica, en interés público, en el momento de la venta, en la medida en que el comprador con independencia de ello y del sector de actividad donde opere tuviera que cumplirlas y pudiera cumplirlas básicamente. Los inconvenientes económicos de estas obligaciones deben valorarse por separado, en opinión de la Comisión y pueden compensarse con el precio de compra. Si la entidad pública en cuestión hubiera adquirido esta propiedad en un plazo no muy lejano, en particular dentro de los últimos tres años, los costes en que hubiera incurrido dicha entidad pública en relación con la compra del terreno y de la construcción representarán un indicador del valor de mercado, que no podrá rebajarse a menos que se disponga de una tasación oficial.

Por otra parte, la Comisión remite en su comunicación a la denominada **Disposición de-minimis**, que, en el entretanto se ha convertido en norma jurídica en forma de reglamento<sup>21</sup>. De acuerdo con dicha regla, las ayudas que no superen la suma total de **200.000.- Euros, dentro de un período de tres ejercicios fiscales** (hasta el 31-12-2006: 100.000.- Euro en un plazo de tres años), no se consideran susceptibles de perturbar los intercambios comerciales entre los Estados miembros ni de falsear la

competencia. En consecuencia no están encuadradas dentro del Art. 87, apartado 1 del Tratado CE y por tanto no existe la obligación de notificarlas. El valor límite de 200.000 Euro se refiere por tanto a la suma total de las ayudas concedidas a una empresa, con independencia de cuál sea la clase y el objetivo de tales ayudas<sup>22</sup>. El período de tres años se considera por tanto corriente, es decir en el momento de cada nueva concesión de una ayuda de *De-minimis* tendrá carácter determinante la suma total de las ayudas *De-minimis* concedidas en los tres ejercicios fiscales precedentes<sup>23</sup>. Como momento de la concesión debe considerarse, de acuerdo con el Reglamento, el momento en que la empresa adquiere el derecho a solicitar la ayuda. Las ayudas pagadas en varios tramos se descuentan en el momento de su concesión<sup>24</sup>.

Todas las enajenaciones por parte del sector público que no tengan lugar mediante un procedimiento de petición de ofertas, como ya se ha descrito con detalle, o cuya compatibilidad con el mercado común no esté justificada con una tasación de un perito o no esté cubierta por la regla *De-minimis*, deberán notificarse de conformidad con el punto 3 de la comunicación.

La regla *De-minimis* supone a primera vista una simplificación para la práctica notarial. Sumando todas las ayudas, con independencia de la forma de éstas, de los tres últimos ejercicios fiscales puede darse el caso de que el precio de compraventa de un inmueble inferior a 200.000.- Euros cuente con una subvención por parte del sector público como consecuencia de lo cual se supera el límite de menor cuantía.

### 2.1.4. Consecuencias para la intervención notarial

Como en el sector público, en la mayoría de los casos, antes de elevar a públicos los contratos de compraventa de inmuebles no se lleva a cabo el procedimiento de petición de ofertas, en el sentido de la comunicación y también, sólo en casos muy excepcionales, de acuerdo con la práctica actual de los ayuntamientos, se solicita la tasación de un perito, se plantea la cuestión de si el notario, a la vista de que no se cumple lo establecido en la comunicación de la Comisión debe negarse a la protocolización.

21 Reglamento núm. 69/2001 del 12-1-2001 relativo a la aplicación de los Artículos 87 y 88 del Tratado CE relativo a las ayudas "*De-minimis*" DOCE L 30/10, que con efecto a partir del 1-1-2007 ha sido sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de 15-12-2006, DOCE L 379/5 del 28-12-2006.

Junto a éste, así denominado Reglamento de Grupos Exentos existen otras dos regulaciones de excepción de la obligación de informar, a saber el Reglamento núm. 70/2001 de la Comisión del 12-1-2001 relativo a la aplicación de los Artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DOCE L 10, 33) y el Reglamento núm. 68/2001 del Consejo, de 12-1-2001 relativo a la aplicación de los Artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DOCE L 10, 20). La exención según el Reglamento núm. 70/2001 establece no obstante en su Artículo 7 que la empresa requerida o bien ha presentado una solicitud de ayuda a las autoridades nacionales o en virtud de las disposiciones nacionales tiene derecho a solicitar dicha ayuda.

22 Art. 2 apartado 2 del Reglamento núm. 69/2001.

23 Art. 2 apartado 2, Art. 3 apartado 1 y Quinto Considerando del Reglamento 69/2001.

24 Art. 2 apartado 3 del Reglamento núm. 69/2001.

La comunicación de la Comisión del 10-7-997 no constituye un acto jurídico, en el sentido del Art. 249 del Tratado CE, que obligue directamente a los Estados miembros. Más bien, la comunicación se limita a resumir la práctica administrativa vigente al tiempo que pone al alcance de la mano de los Estados miembros unas directrices generales a propósito de la obligación de notificación<sup>25</sup>. Por tanto, la propia comunicación no establece **ninguna obligación directa para el notario** aún cuando éste esté revestido de poder público. Por las mismas razones el notario tampoco está obligado a solicitar un dictamen al objeto de determinar el valor de mercado. Si el sector público y la empresa no están obligados a solicitar la intervención de un perito tanto menos puede exigirse que lo haga el notario.

Por otra parte, el notario tampoco puede ignorar completamente la práctica administrativa de la Comisión recogida en la comunicación. Si se cumplen los requisitos de la comunicación el notario puede presuponer, como regla general, que no se contempla ninguna ayuda sujeta a notificación y por lo tanto el contrato es efectivo. En sentido contrario, para el notario podría resultar indicativo de que no se cumple lo establecido en la comunicación el que pudiera existir una obligación de notificación. Queda sin embargo a discreción del notario interviniente en cada caso particular el si a la vista de tal incumplimiento llega precisamente a la convicción de que el precio de venta es inferior al precio de mercado. Si **los comparecientes manifiestan**, por ejemplo, en el propio documento, que la transacción se ha convenido a un precio que no es inferior al de mercado, el notario puede tomar como buenos los datos reales facilitados por los comparecientes. Algo muy distinto ocurre, por ejemplo, cuando el propio notario, para su valoración, en lugar de tomar el precio de compraventa convenido toma como base un precio superior, que es el que en su opinión puede tener el terreno<sup>26</sup>.

En consecuencia, si el incumplimiento de lo establecido en la comunicación no obliga por sí sólo a que el notario no quiera elevar a público la transacción se plantea por último la pregunta de si tal incumplimiento no haría por lo menos dudar al notario sobre la eficacia del negocio jurídico y, por tanto, si el notario, de conformidad con el Art. 17 apartado 2 de la BeurkG (Ley de Protocolización) no debiera hacer constar esta duda en la escritura. La inclusión de esta **observación** conduciría sin embargo a una importante restricción para el otorgamiento real de la escritura<sup>27</sup>. Precisamente por ello también aquí, una vez más, debe dejarse a la plena discreción del notario interviniente en cada caso particular el si el incumplimiento de la comunicación representa un motivo de duda sobre su eficacia<sup>28</sup>. Por regla general éste no será el caso si los intervinientes manifiestan que no se contempla una ayuda sujeta a notificación en el sentido del Art. 87 y siguientes del Tratado CE<sup>29</sup>.

## 2.2. Respeto de la normativa en materia de adjudicaciones en el caso de compra-venta de terrenos con la obligación de construir y en contratos de urbanización

Diferentes decisiones del TJE a propósito de la normativa en materia de adjudicaciones de la UE aportan luz sobre los posibles efectos en los contratos de urbanización y en operaciones de compraventa de terrenos por parte del sector público con la obligación de construir<sup>30</sup>.

### 2.2.1. Adjudicación CE y Directiva sobre recursos

El legislador comunitario ha regulado en virtud de una serie de directivas la adjudicación de contratos en los Estados miembros, por cuenta del Estado, de los organismos territoriales y de otras instituciones de derecho público.<sup>31</sup> En el caso de los contratos públicos que superan determinados importes está prevista la aplicación de determinados procedimientos que contemplan, entre otras cosas, la publicación del concurso, los plazos para la presentación de ofertas, la exclusión de ofertantes y los criterios de adjudicación.

- Los valores límite están fijados, en la última **Directiva sobre adjudicaciones**, que tendría que haber sido transpuesta<sup>32</sup> propiamente hasta el 1-2-2006, en el caso de contratos de suministros y servicios, en 162.000.- Euros, respectivamente, en 249.000.- Euros y en el caso de contratos públicos de obras en 6.242.000 Euros.
- Para asegurar la aplicación de estas normas de adjudicación la denominada **Directiva sobre recursos**<sup>33</sup> es-

25 Ver Punto I. de la Comunicación.

26 Cf. Art. 20 apartado 1 frase 2 del Arancel.

27 Cf. WINKLER (nota 1), Art. 17 BeurkG núm. 273.

28 Esto último no excluye que el notario, de no cumplirse lo establecido en la comunicación, incluya por ejemplo una observación en la escritura remitiendo a la comunicación de la Comisión del 10-7-1997 relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos y el que los intervinientes declaren al respecto que no se contempla una ayuda sujeta a notificación en el sentido del Art. 88 y siguientes del Tratado CE.

29 El notario, de no cumplirse lo establecido en la comunicación puede, por ejemplo, incluir en la escritura una observación remitiendo a la comunicación de la Comisión del 10-7-1997 relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos.

30 Aquí no se estudia el respeto de la normativa en materia de adjudicaciones en relación con transformaciones. Ver a este respecto SUPPLIET, *Ausgliederung nach § 168 UmwG*, (Segregación según el § 168 de la Ley de transformación) 2005, Pág. 81.

31 Estas Directivas, que en parte proceden del año 1971 han sido sustituidas por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31-03-2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOCE L 134, 1) y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31-03-2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (DOCE L 134, 114).

32 Alemania no ha transpuesto estas Directivas hasta el día de la fecha a su ordenamiento jurídico. Los límites establecidos en las Directivas precedentes eran para los contratos de servicios 200.000.- Euros y para los contratos públicos de obras 5.000.000 de Euros.

33 Directiva 89/665/CEE del Consejo de 21-12-1989 sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, DO L 95, 33.

tablece que los Estados miembros, en el caso de infracciones del derecho comunitario en el ámbito de las adjudicaciones públicas o de las normas de un Estado particular, dictadas para la transposición de esta norma, deben contemplar la posibilidad de un recurso rápido y efectivo para que de este modo, entre otras cosas, se puedan anular decisiones contrarias a derecho.

### 2.2.2. *Alcatel*: Debe ser posible el procedimiento de recurso

El TJCE, en el año 1999, en el asunto *Alcatel*<sup>34</sup> resolvió que los Estados miembros están obligados en todo caso, de conformidad con el Art. 2, apartado 1, letras a) y b) de la Directiva sobre recursos a someter a un **procedimiento de recurso** la decisión del poder público adjudicador, previa a la firma del contrato, quien quiera que sea el ofertante en un procedimiento de adjudicación con el que suscriba el contrato. Se considera contrario al derecho comunitario, en particular, si la adjudicación y la firma del contrato coinciden en el tiempo y si debido a la eficacia del contrato el ofertante no admitido sólo puede reclamar una indemnización por daños.

### 2.2.3. *SECAP y Coditel Brabant*: Procedimiento de adjudicación y comprobación posterior también fuera de las directivas sobre procedimientos de adjudicación

En la jurisprudencia establecida en el entretanto, el TJE es de la opinión de que para la adjudicación de encargos cuyo valor de **adjudicación no alcance los valores umbral** establecidos en las respectivas directivas<sup>35</sup>, para la adjudicación de **concesiones de trabajos de construcción y servicios**<sup>36</sup>, que tampoco estén afectadas por las directivas sobre procedimientos de adjudicación, a pesar de todo deberán tenerse en cuenta las disposiciones básicas del Tratado de la UE.

En las concesiones de obras o de servicios, la remuneración convenida a pagar al adjudicatario se establece tomando como base el derecho a evaluar su propia prestación, por lo que el pago se efectúa a través de terceros. La concesionaria asume por tanto también junto con los trabajos de construcción y los servicios el riesgo de explotación inherente.

Partiendo del **principio de trato equitativo** y de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, en el caso de encargos y de concesiones que tengan significado más allá de las fronteras se impone sobre todo la obligación de transparencia.

- De acuerdo con la jurisprudencia del TJE, un encargo tiene **significado más allá de las fronteras**, por ejemplo, si en razón al valor estimado del encargo, junto con sus características técnicas o en razón al lugar previsto para la realización de los trabajos, se puede recurrir a agentes económicos de otros Estados miembros<sup>37</sup>.
- Por lo tanto debe garantizarse a los potenciales ofertantes un nivel de publicidad apropiado que permita abrir la adjudicación del encargo a la competencia y posibilite comprobar si el procedimiento de adjudica-

ción se ha realizado de manera imparcial. Corresponde al organismo público nacional, bajo control de los tribunales competentes, evaluar si las modalidades de la licitación son las apropiadas. De todos modos la inexistencia absoluta de una licitación no es conforme con los requisitos del artículo 43 de la UE y con el 49 de la UE ni con los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia<sup>38</sup>.

### 2.2.4. Transposición en Alemania

Las disposiciones de las Directivas sobre adjudicaciones y de la Directiva sobre recurso han sido transpuestas en **Alemania** en los §§ 97 y siguientes de la GWB (Ley sobre Restricciones a la competencia). El § 13 del Reglamento sobre adjudicaciones (VgV) publicado en virtud de la autorización contenida en el § 97 apartado 6 de la GWB establece, entre otras cosas, que el poder público adjudicador como muy tarde 14 días antes del cierre del contrato deberá comunicar a los otros ofertantes, cuyas ofertas no vayan a ser tenidas en cuenta, el nombre del ofertante cuya oferta vaya a ser tenida en cuenta así como el motivo por el que su oferta no ha sido tenida en cuenta. De conformidad con el § 13 frase 4 versión antigua, respectivamente, la frase 6 de la versión moderna, se considerará nulo todo contrato que se haya adjudicado sin que hubiera transcurrido el citado plazo de 14 días o sin que se hubiera facilitado la información reseñada.

De acuerdo con una sentencia del **BGH** del año 2005 se considerará nulo, con carácter general, el contrato resultante de la adjudicación incluso aunque ninguno de los ofertantes que no hubieran recibido información suficiente haga uso de su derecho de protección contra la decisión de adjudicación más allá de lo que establece el objeto de la norma a la vista de la Sentencia *Alcatel*<sup>39</sup>. Por lo tanto y de acuerdo con el BGH se hace necesaria una reducción teleológica del § 13 frase 6 del VgV. La nulidad de un contrato basado en la adjudicación sólo se produce, por regla general, en opinión del BGH cuando un ofertante que considere lesionados sus derechos de información haga valer que se han lesionado sus derechos de información y solicite la instrucción de un procedimiento de recurso. En el caso que sirvió de base para la sentencia del BGH se trataba de una demanda del poder público adjudicador, pidiendo una indemnización por daños por incumplimiento del contrato. El adjudicatario trató de defenderse argumentando la falta de información de los ofertantes no tenidos en cuenta y la nulidad resultante de ello. Por lo menos en una situación así se considera justificado impedir que el adjudicatario, que resultó beneficiado originalmente, pueda invocar la nulidad del contrato.

34 TJCE, Sentencia del 28-10-1999, Asunto C-81/98 (*Alcatel*), Recop. 1999, I-7671, núm. 43.

35 Ver por ejemplo TJE, sentencia del 15-5-2008, Caso C-147/06 y C-148/06 (*SECAP*) todavía no publicada en el compendio oficial, con nuevos argumentos.

36 Ver por ejemplo TJE, sentencia del 13.09.07, Caso C-260/04 (*Comisión/Italia*) Recop. 2007, I-7083, Rn 22 y ss., sentencia del 13-11-2008, Caso C-324/07 (*Coditel Brabant*), todavía no publicada en el compendio oficial.

37 JE, sentencia del 15.5.2008, Caso C-147/06 y C-148/06 (*SECAP*), ya indicada, Rn. 24.

38 JE, sentencia del 13.10.05, Caso C-458/03 (*Parking Brixen*), Recop. 2005, I-8612, Rn 50.

39 BGH, Sentencia del 22-2-2005, KZR 36/03, BauR 2005, 1026 = DB 2005, 1380 = NVwZ 2005, 845. Todas las resoluciones del BGH a partir del año 2000 pueden bajarse en Internet del sitio: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

En mi opinión la conclusión general a la que llega el BGH es que un contrato sólo se considerará nulo de impugnarlo un ofertante no adjudicatario del mismo por lo que el Derecho comunitario pierde una parte de su eficacia. La validez del contrato obliga legalmente a la ejecución del encargo. Tanto más probable será por tanto el que se cumpla el contrato y que se mantenga el interés por cumplirlo. Al mismo tiempo resultará tanto más improbable una nueva convocatoria del concurso. Si un ofertante que no hubiera resultado adjudicatario recurriera posteriormente la adjudicación, una vez ejecutado el encargo, sólo quedará la vía de la indemnización por daños. Esto es asimismo aplicable de no haberse llevado a cabo ningún concurso y si los competidores tienen conocimiento de la adjudicación por pura casualidad. La indemnización por daños no es suficiente, sin embargo, según el TJCE para sancionar la adjudicación no llevada a cabo. Desde el punto de vista del BGH hubiera sido por tanto aconsejable al menos solicitar una opinión previa del TJCE al respecto.

Aunque se siguiera el criterio del BGH y se interpretara de manera restrictiva el § 13 frase 6 del VgV, esto significa para el notario interviniente que en el caso de una escritura, que contenga una adjudicación pública por encima de los valores límite citados, podría llegar a declararse la nulidad del contrato.

### 2.2.5. *Scala de Milán: Procedimiento de adjudicación necesario para el contrato de construcción*

El TJCE, en el año 2001, con ocasión de la petición de una resolución previa a propósito de los trabajos de rehabilitación de la **Scala de Milán**<sup>40</sup> y la construcción de un teatro sustitutorio para el tiempo que duraran los trabajos de rehabilitación resolvió que también la conclusión de un contrato de construcción, según el Derecho italiano, queda dentro del marco de la Directiva sobre adjudicación. Según el TJCE, en tales contratos de construcción o bien el propio municipio se encarga de realizar el procedimiento de adjudicación o bien (si es posible según la ley nacional) se impone al organismo responsable de los trabajos a cumplimentar el procedimiento de la Directiva sobre adjudicación para la adjudicación definitiva de los trabajos.

Según el **Derecho italiano** el Ayuntamiento sólo puede autorizar la ejecución de una serie de construcciones en base a un plan de urbanismo tras la firma de un contrato, en el cual tiene que figurar la cesión gratuita de los terrenos necesarios para las instalaciones secundarias<sup>41</sup>. Como instalaciones secundarias se incluyen, según el Artículo 4, apartado 2 de la Ley núm. 847/64<sup>42</sup> guarderías, jardines de infancia, escuelas públicas así como instalaciones y edificios para otros centros escolares, mercados de barrio, oficinas para la administración municipal, iglesias y otros centros de culto, instalaciones deportivas de barrio, centros sociales así como instalaciones culturales y sanitarias y las correspondientes zonas verdes.

### 2.2.6. *Auroux y otros contra Ciudad de Roanne: Se requiere un procedimiento de adjudicación, incluso sin adquisición de inmuebles, por parte del sector público*

Como continuación de su jurisprudencia actual el TJE decidió en el año 2007, a consulta del *Tribunal administratif de Lyon*, que a la hora de celebrar un convenio ur-

banístico de derecho público según el derecho francés debe respetarse la normativa en materia de adjudicaciones, incluso aunque el organismo público adjudicante no sea ni pase a ser el propietario de la totalidad o de una parte de los trabajos de construcción<sup>43</sup>.

**Antecedentes:** El convenio celebrado entre la ciudad de Roanne y una sociedad de economía mixta como adjudicataria contemplaba la construcción de un centro de ocio con multicines, salas de negocios y otras instalaciones constructivas tales como aparcamientos y vías de acceso. La adjudicataria debía adquirir los terrenos y realizar los trabajos de construcción correspondientes. Después la adjudicataria debería vender los terrenos construidos a terceros. Las plazas de aparcamiento y los terrenos todavía no vendidos en el momento de preparar la liquidación final pasarían a ser propiedad de la ciudad. Para la financiación del proyecto el ayuntamiento aportó varios millones de euros si bien para la transmisión de las instalaciones constructivas todavía no vendidas tuvo que pagar unos 8 millones de euros y para la transmisión de las plazas de aparcamiento 2,95 millones de euros.

El gobierno francés había argumentado, en particular, que no existía un encargo para los trabajos de construcción toda vez que los inmuebles estaban destinados a ser vendidos a terceros y por tanto no se ajustaban a las necesidades de la ciudad. En cuanto a la compra de las plazas de aparcamiento, se trataba básicamente de una venta de inmuebles todavía pendientes de construir.

El TJE rechazó estos argumentos y decidió que para la aplicación de la normativa en materia de adjudicaciones es improcedente la cuestión de si el organismo público adjudicante es o no propietario del inmueble.

- El centro de ocio es una construcción en el sentido del art. 1 letra c) de la directiva sobre procedimientos de adjudicación<sup>44</sup>, que desarrolla una función económica, en concreto actividades y servicios económicos.
- El ayuntamiento interviene como entidad pública adjudicante y la sociedad de economía mixta como adjudicataria.
- El convenio urbanístico incluye también un capítulo económico, en opinión del TJE, toda vez que el ayuntamiento ha tenido que pagar un importe al menos por

40 TJCE, Sentencia del 12-7- 2001, C-399/98 (*Ordine degli Architetti*, entre otros.), Recop. 2001, I-5409.

41 Art. 28 apartado 5 de la Ley núm. 1150 del 17 de Agosto de 1942 sobre Urbanismo (Legge urbanistica, GURI núm. 244 del 17 de Agosto de 1942) en la versión de la Ley Marco núm. 765 de 6 de Agosto de 1967.

42 Ley núm. 847 de 29 de Septiembre de 1964 relativa a la autorización de los ayuntamientos y las mancomunidades de ayuntamientos para suscribir préstamos para la adquisición de terrenos de acuerdo con la Ley núm. 167 de 18 de Abril de 1962 (Legge n° 847, autorizzazione ai Comuni e loro consorzi a contrarre mutui per l'acquisizione delle aree ai sensi della legge 18 aprile 1962, n° 167), modificada por el Artículo 44 de la Ley núm. 865 de 22 de Enero de 1971 y el Artículo 17 de la Ley núm. 67 de 11 de Marzo de 1988.

43 TJE, sentencia del 18.1.2007, Caso C-220/05 (*Jean Auroux y otros contra la Ciudad de Roanne*), Recop. 2007, I-385.

44 En este caso concreto la directiva 93/37/CEE del Consejo del 14-6-1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (DOCE L 199, 54) en la versión modificada por la directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13-10-1997 (DOCE L 328, 1)

la transmisión de las plazas de aparcamiento. Las partidas de servicios contenidas en el convenio, como por ejemplo la compra de los terrenos, la obtención de la financiación, la organización de un procedimiento para la elección de arquitectos y/o estudios de planificación, así como la comercialización de los inmuebles forman parte, en opinión del TJE, del objeto principal del convenio, la construcción completa del conjunto inmobiliario.

A otra pregunta del *Tribunal administratif de Lyon* el TJE decidió, en el mismo caso, que para la aplicación de la directiva sobre procedimientos de **adjudicación** no importa en absoluto el que el adjudicatario intervenga al mismo tiempo como organismo público adjudicante, estando **obligado a respetar la normativa en materia de adjudicaciones**. En la directiva no se contempla dicha excepción a la aplicación de la directiva. De lo contrario existiría el peligro de que en los encargos individuales siguientes los sub-encargos se situaran en cada caso por debajo del valor umbral y de este modo se esquivaría la directiva.

Por el contrario, la **Comisión Europea** ha mantenido, en otro procedimiento, que el simple acuerdo de un derecho de recompra por parte del ayuntamiento, sin la obligación vinculante de construir, no representa un caso de aplicación de la normativa en materia de adjudicaciones. La Comisión inició por tanto el correspondiente procedimiento de infracción contra la República Federal de Alemania<sup>45</sup>.

### 2.2.7. TSJ de Düsseldorf: Se requiere un procedimiento de adjudicación para la venta de inmuebles con la obligación de construir

La decisión del TJE en el caso *Roanne* sirvió de motivo para que la Comisión de adjudicaciones del Tribunal Superior de Justicia de Düsseldorf, en una serie de resoluciones, exigiera al sector público el respeto de la normativa en materia de adjudicaciones al menos en operaciones de venta de terrenos, si al mismo tiempo se establecía la **obligación de construir por parte del adquirente**<sup>46</sup>.

El **legislador alemán** corrigió la jurisprudencia del TSJ de Düsseldorf, por considerarla muy amplia, mediante una modificación de la normativa nacional en materia de adjudicaciones<sup>47</sup>.

Puede que como reacción a la inminente modificación de la Ley GWB, el TSJ de Düsseldorf, mediante resolución de fecha 2-10-2008<sup>48</sup> planteó al TJE las siguientes cuestiones:

1. Un encargo de obra por parte del sector público, de conformidad con el art. 1 apartado 2 b) de la directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo del Consejo de 31-3-2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministros y de servicios públicos, ¿presupone que los trabajos de construcción, entendidos en su sentido objetivo o material, se realizan **para el organismo público adjudicante** y que económicamente redundan directamente en su beneficio?
2. En la medida en que de conformidad con la definición del encargo de obra pública, en el art. 1 apartado 2 b) de

la directiva 2004/18/CE, no se puede renunciar al elemento de la adquisición: De acuerdo con la segunda variante de la normativa, ¿cabe suponer la adquisición si la obra a realizar para el organismo público adjudicante está previsto que cumpla una **determinada finalidad pública** (por ejemplo, que sirva para mejorar las obras de infraestructura de una parte del municipio) y que el organismo público adjudicante, en virtud de este encargo, está legalmente facultado para garantizar que se va a alcanzar el fin público previsto y que por tanto, en el futuro, el inmueble estará a disposición con esta finalidad?

3. El concepto de encargo de obra pública, de conformidad con la primera y la segunda variante del art. 1 apartado 2 b) de la directiva 2004/18/CE, ¿exige que el adjudicatario **se comprometa** directa o indirectamente a la realización de **los trabajos de construcción**? ¿Puede considerarse en su caso como una obligación exigible?
4. El concepto de encargo de obra pública, de conformidad con la tercera variante del art. 1 apartado 2 b) de la directiva 2004/18/CE, ¿exige que el adjudicatario quede obligado a realizar los trabajos de construcción o de aquéllos que constituyan el objeto del contrato?
5. Los encargos, mediante los cuales, y en virtud de los requisitos señalados por el organismo público adjudicante, en los que deba garantizarse que las obras a realizar estarán a disposición con un fin público determinado y mediante los cuales, el organismo público adjudicante (en virtud de las cláusulas contractuales) tendrá reconocida igualmente la facultad (en su propio interés mediato) de garantizar la disponibilidad del inmueble para dicho fin público determinado, ¿están encuadrados también en la tercera variante del art. 1 apartado 2 b) de la directiva 2004/18/CE?
6. ¿Se considera satisfecho el concepto de "requisitos establecidos por el organismo público adjudicante", de conformidad con el art. 1 apartado 2 b) de la directiva 2004/18/CE, si los trabajos de construcción deben realizarse de acuerdo con unos **planos** verificados y aprobados por el organismo público adjudicante?
7. Según el art. 1 apartado 3 de la directiva 2004/18/CE, ¿debe rechazarse una **concesión pública de obras** si el concesionario es o puede convertirse en **propietario de los terrenos** donde deban realizarse los trabajos, o puede concederse la concesión de obras con un plazo indefinido?

45 Resolución del 5-6-2008, IP/08/867 (*Stadtwerke Flensburg*).

46 TSJ de Düsseldorf, resolución del 13.6.2007 – VII-Verg 2/07 (*Fliegerhorst-Alhorn*), NZBau 2007, 530 = VergabeR 2007, 406 = VergabeR 2007, 634 = ZfIR 2007, 859 con Anm. Grziwotz; resolución del 12.2.2007 – VII VerG 30/07 (*Wuppertal-Vohwinkel*), NZBau 2008, 138 = VergabeR 2008, 99 = ZfBR 2008, 207; resolución del 6.2.2008 – VII VerG 37/07 (*Oer-Erkenschwick*), IBR 2008, 169 = KommJur 2008, 188 = NZBau 2008, 271 = VergabeR 2008, 229 = ZfIR 2008, 254).

47 Modificación del § 99 apartados 3 y 6 de la GWB (Ley contra restricciones en materia de competencia) mediante la Ley para la modernización de la normativa en materia de adjudicaciones. Ver proposición de ley del gobierno, BR-Drucks. 349/08 del 2.5.2008 = BT-Drucks. 16/10117 del 13.8.2008; recomendación de resolución e informe del Comité de economía y tecnología del Parlamento federal, BT-Drucks. 16/11428 del 17.12.2008; resolución adoptada por el Parlamento federal, BR-Drucks. 35/09 del 23.1.2009. Al cierre de la redacción la ley había sido aprobada también por el Senado, pero todavía no había sido publicada.

48 TSJ de Düsseldorf, resolución del 2.10.2008, Verg 25/08, NZBau 2008, 727. El procedimiento se sigue en el TJE como Caso C-451/08 (*Helmut Müller*).

8. La directiva 2004/18/CE – con la consecuencia legal de la obligación para el organismo público adjudicante de proceder a la licitación, ¿puede aplicarse también si la compraventa de los terrenos por parte de un tercero y la adjudicación del contrato de obra pública tienen lugar desfasados en el tiempo y en el momento de la firma de la operación con los terrenos todavía no se ha firmado el contrato de obra pública, si bien en el momento últimamente citado, por parte del organismo público adjudicante se ha hecho constar como objetivo la celebración de un contrato con esta finalidad?
9. Las operaciones, distintas entre sí pero estrechamente relacionadas, relativas a la venta de los terrenos y al contrato de obra pública sujeto a la normativa en materia de adjudicaciones, ¿deben entenderse como una unidad si en el momento de la firma del contrato de los terrenos se contemplaba también la firma de un contrato de obra pública, y sus intervinientes, de manera consciente han establecido una estrecha vinculación, desde una perspectiva material y en su caso también en el tiempo, entre los contratos (en conexión con el TJE, sentencia del 10-11-2005 – C-29/04, caso *Ciudad Mödling*)?

El TJE tendrá por tanto la oportunidad de seguir desarrollando su jurisprudencia.

### 2.2.8. *pressetext Nachrichtenagentur*: Nueva licitación sólo de establecerse cambios importantes en el contrato

Sólo de pasada, conviene señalar a este respecto que el TJE, en su decisión *pressetext*<sup>49</sup> ha expresado su posición a propósito de la pregunta bajo qué condiciones, los cambios en un contrato ya existente, entre un organismo público adjudicante y un prestador de servicios, debe considerarse como una nueva adjudicación en el sentido de la directiva 92/50/CEE<sup>50</sup>. Según ésta, se requiere una nueva adjudicación si las disposiciones del contrato público presentan unas **características notablemente distintas** de las del contrato original y por tanto dejan entrever la voluntad de las partes de volver a renegociar las disposiciones más importantes del contrato.

- En opinión del TJE se produce un cambio, si se introducen condiciones que habrían permitido la admisión de otros ofertantes distintos del **ofertante** originalmente admitido o la aceptación de una oferta distinta de la originalmente aceptada, si las condiciones hubieran sido objeto del procedimiento de adjudicación original.
- Se considera asimismo que una modificación es importante si el encargo, en su conjunto, se hace extensivo a **servicios que originalmente no estaban previstos** o de modificarse el equilibrio económico del contrato de una manera no prevista en el contrato original en favor del adjudicatario.

En este caso concreto, el TJE entendió en la cesión del contrato a una sociedad filial al cien por cien del adjudicatario original que se trataba de una reorganización interna y no de una modificación sustancial del contrato. Igualmente, una cláusula posterior renunciando a la denuncia, en favor del adjudicatario, durante un periodo de tres años, no representa, en opinión del TJE, una modificación sustancial del contrato, tratándose de un contrato originalmente con una duración indefinida.

### 2.2.9. Consecuencias para la escritura pública

Las decisiones del TJE y las decisiones del TSJ de Düsseldorf ya comentadas tienen notables consecuencias para la praxis notarial. De imponerse la línea marcada por el TSJ de Düsseldorf y confirmada por el TJE, que en mi opinión tiene muchas probabilidades, existe el riesgo de nulidad no sólo en los contratos de urbanización sino también en las compraventas de inmuebles con la obligación de construir.

El **valor límite de 6.242.000 Euros**, respectivamente, de 5 millones con anterioridad, para los contratos de obras públicas reduce el problema evidentemente a grandes proyectos municipales o estatales. A pesar de todo y no obstante la tendencia a la *Private Public Partnership* y a la creciente privatización de instalaciones hasta ahora municipales o estatales no se debe subestimar su relevancia práctica.

- En el caso de contrato de construcción, al contrario de lo que ocurre con el importe de las ayudas, para el notario interviniente no resulta complicado determinar la cuantía del contrato toda vez que los gastos totales de la obra se deben corresponder con el valor comercial tomado como base de valoración<sup>51</sup>. El notario podría también estar obligado a hacer referencia en estos contratos de obra a las normas de adjudicación. En caso contrario subsiste el riesgo, de conformidad con el § 13 frase 6 del VgV de que el documento público pueda resultar no efectivo, de acuerdo con el BGH, al menos si éste fuera recurrido posteriormente<sup>52</sup>.
- En el caso de **ventas de inmuebles** por parte del sector público con la obligación de construir, por el contrario, sólo es posible establecer que se han alcanzado los valores umbral a partir de los datos de los intervinientes.
- También resulta muy difícil para el notario evaluar si un encargo tiene **significado más allá de las fronteras**. Como medida de garantía se recomienda, por ejemplo, incluir una cláusula en el contrato en virtud de la cual el organismo público adjudicante, a propósito de la normativa en materia de adjudicaciones, declara que se han respetado las disposiciones de dicha normativa, respectivamente, que no se han alcanzado los correspondientes valores umbral establecidos a nivel nacional y comunitario y que dicho encargo no tiene significado más allá de las fronteras.

49 TJE, sentencia del 19.6.2008, Caso C-454/06 (*pressetext Nachrichtenagentur GmbH/República de Austria, entre otros*), todavía no publicada en la colección oficial, con una observación NIESTADT/HÖLZL, *Um Kleinigkeiten kümmert sich der Prätor nicht!* (El Pretor no se encarga de las pequeñeces), NJW 2008, 3321 ss.

50 Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18-06-1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, DO. L 209, 1.

51 KORINTENBERG, *Kostenordnung* (Arancel), 16 Edición. 2005, § 39, núm. 37.

52 Como aquí también GRZIWOTZ, en *Beck'sches Notar-Handbuch*, 4 Edición 2006, A XI, núm. 29.

### 2.3. Procedencia de los requisitos de autorización en las adquisiciones de inmuebles transfronterizas

Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros establecen para la adquisición de inmuebles obligaciones de lo más dispar en cuanto a autorización, comunicación y notificación. En el caso de adquisición de inmuebles por ciudadanos no comunitarios o por sociedades que estén sujetas al derecho de otro Estado miembro estas disposiciones aparecen en el foco del Derecho comunitario. Provocan un especial recelo en la Comisión de la UE las normas referidas en especial a los ciudadanos no comunitarios.

#### 2.3.1. Libertades fundamentales pertinentes

Ya en 1988 el TJCE se expresó a propósito del tratamiento desigual de los ciudadanos de la UE en relación con la adquisición de inmuebles<sup>53</sup>. Desde entonces dicho tribunal ha seguido concretando los requisitos respecto a la admisibilidad de tales limitaciones<sup>54</sup>.

- De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE las restricciones en materia de adquisición de inmuebles deben respetar los criterios de la **libertad de circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios**, como asimismo el libre movimiento de capitales<sup>55</sup>. El derecho a adquirir terrenos en otro Estado miembro, a aprovecharlos y a disponer de los mismos representa, según el TJCE, un complemento necesario a estas libertades fundamentales<sup>56</sup>. Así se deduce en particular del Art. 44, apartado 2, letra e del Tratado CE (antiguo Art. 54, apartado 3, letra e del Tratado CE), que encomienda al Consejo y a la Comisión la tarea de suprimir las restricciones en materia de adquisición de inmuebles con vistas a la libertad de establecimiento así como de los Programas Generales para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento o de prestación de servicios<sup>57</sup>. Como consecuencia de estas disposiciones expresas tampoco se opone a ello el Art. 295 del Tratado CE (anterior Art. 222 del Tratado CE), toda vez que el Tratado de la CE no introduce ningún cambio en el régimen de propiedad de los distintos Estados miembros<sup>58</sup>. También las segundas viviendas pueden quedar dentro del ámbito de protección de las libertades fundamentales<sup>59</sup>.
- Por otra parte la adquisición de inmuebles queda dentro del ámbito de aplicación del **libre movimiento de capitales** de conformidad con el Art. 56 y ss. del Tratado CE (antes Art. 73b y ss. del Tratado CE)<sup>60</sup>. Del Anexo I de la Directiva (CE) 88/366<sup>61</sup> que continúa estando vigente<sup>62</sup> se deduce que el libre movimiento de capitales incluye también todas las operaciones jurídicas mediante las cuales los ciudadanos no comunitarios llevan a cabo inversiones inmobiliarias en un Estado miembro. El ámbito de aplicación del libre movimiento de capitales se considera por tanto también abierto aunque no se consideren pertinentes otras libertades fundamentales. Toda adquisición de inmuebles por parte de un ciudadano comunitario en otro Estado miembro queda por lo tanto dentro del ámbito de aplicación del libre movimiento de capitales<sup>63</sup>.

#### 2.3.2. Prohibida la discriminación

Las libertades fundamentales prohíben, como medida concreta de la prohibición de discriminación general del Art. 12 del Tratado CE (antes Art. 6 del Tratado CE), tanto las **discriminaciones abiertas**, en razón de la nacionalidad, como también las **discriminaciones ocultas**, en razón de otras características, que sin embargo y de manera típica sólo pueden ser cumplidas o pueden no ser cumplidas por los propios ciudadanos nacionales, como por ejemplo, en razón del domicilio o sede de una sociedad<sup>64</sup>.

- 
- 53 TJCE, Sentencia del 14-1-1988, Asunto C-63/86 (*Comisión/Italia*), Recop. 1989, 29 y ss.
  - 54 Ver en última instancia las Sentencias del Tribunal del 1-12-2005, Asunto C-213/04 (*Burtscher*), Recop. 2005, I-10309.
  - 55 TJCE, Sentencia del 1-6-1999, Asunto C-302/97 (*Konle*), Recop. 1999 I-3099, núm. 22.
  - 56 TJCE, Sentencia del 30-5-1989, Asunto C-305/87 (*Comisión/Grecia*), Recop. 1989, 1461, núm. 19, 22, 24.
  - 57 Programa General para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento del 18-12-1961, DO 1962, 36 y Programa General para la Supresión de Restricciones a la Libertad de Establecimiento del 18-12-1961, DO. 1962, 32.
  - 58 TJCE, Sentencia del 6-11-1984, Asunto C-182/83 (*Fearon*), Recop. 1984, 3677, núm. 6 y ss; Sentencia del 1-6-1999, Asunto C-302/97 (*Konle*), loc. cit., núm. 38.
  - 59 TJCE, Sentencia del 14-1-1988, Asunto C-63/86 (*Comisión/Italia*), Recop. 1989, 29, núm. 19, Sentencia del 16-6-1992, Asunto C-351/90 (*Comisión/Luxemburgo*), Recop. 1992, I-3945, núm. 12.
  - 60 TJCE, Sentencia del 1-6-1999, Asunto C-302/97 (*Konle*), loc. cit., núm. 22.
  - 61 TJCE, Sentencia del 16-3-1999, Asunto C-222/97 (*Trummer*), Recop. 1999, I-1661, núm. 21.
  - 62 Nomenclátor para el movimiento de capitales, Anexo I a la Directiva 88/361 del Consejo de 24-6-1988 relativa a la aplicación del Artículo 67 del Tratado (DO. L 178, 5).
  - 63 Junto a estas disposiciones del derecho primario la adquisición de inmuebles está contemplada en otras disposiciones del derecho secundario. El Art. 9, apartado 1 del Reglamento 1612/68 (Reglamento CEE) núm. 1612/68 del Consejo del 15-10-1968 relativo al libre movimiento de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO. L 257, 2) establece que los trabajadores que sean nacionales de un Estado miembro y que trabajen en el territorio soberano de otro Estado miembro, por lo que respecta a su vivienda, incluido el acceso a la propiedad de la vivienda necesaria, gozan de todos los derechos y beneficios como los trabajadores nacionales. De conformidad con el Art. 1, apartado 1 de la Directiva 90/364 (Directiva del Consejo de 28-6-1990 relativa al derecho de residencia (90/364), DO. L 180 del 13-7-1990, 26 f.) los Estados miembros conceden a los nacionales de los Estados miembros a quienes no se les haya reconocido el derecho de residencia en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como a sus familiares, el derecho de residencia, a condición de que dispongan de un seguro de enfermedad para sí mismos y para los miembros de su familia y de recursos suficientes para evitar que se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado de acogida. Este mismo derecho lo reconoce el Art. 1 de la Directiva 90/365 (Directiva del Consejo de 28-06-1990 relativa al derecho de residencia de los trabajadores tanto por cuenta ajena como por cuenta propia que hayan puesto fin a su actividad profesional (90/365), DO. L 180 del 13-7-1990, 28 f.) antiguos trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia que perciban una pensión de jubilación o de vejez que les garanticen la existencia a ellos mismos y a sus familiares. Por último, se hace referencia a la Directiva 93/96 (Art. 1 y 2 de la Directiva del Consejo de 29-10-1993 relativa al derecho de residencia de los estudiantes (93/96), DOCE. L 317, 59 f.) que hace extensivo el derecho de residencia a los estudiantes y a los miembros de sus familias.
  - 64 Ver por ejemplo Sentencias del Tribunal del 12-2-1974, Asunto 152/73 (*Sotgiu*), Recop. 1974, 153, núm. 11 y ss. (sobre la libre circulación de los trabajadores); del 28-4-1977, Asunto 71/76 (*Thierry*), Recop. 1977, 765, núm. 13 (sobre libertad de establecimiento); del 18-3-1980, Asunto 62/79 (*Coditel*), Recop. 1980, 88, núm. 15, del

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE sólo se permiten restricciones discriminatorias por motivos de **orden, seguridad o salud pública**.

### 2.3.3. Proporcionalidad de las restricciones no discriminatorias

Las restricciones no discriminatorias en materia de adquisición de inmuebles pueden estar justificadas, por el contrario, por los objetivos establecidos de **interés general**, como la ordenación del territorio, la protección de la estructura económica regional<sup>65</sup>, impedir la especulación del suelo<sup>66</sup> o el mantenimiento de explotaciones agropecuarias viables<sup>67</sup>.

Asimismo, tanto las restricciones abiertas como las ocultas, que deben ser apropiadas según el **principio de la proporcionalidad** para poder garantizar el logro de los objetivos perseguidos; no deben sobrepasar los límites establecidos para el logro de sus objetivos<sup>68</sup> y deben mantener una relación apropiada con los objetivos perseguidos.

### 2.3.4. En particular, requisitos de autorización y registro

En especial, a propósito de los requisitos de autorización establecidos en las compras de inmuebles por ciudadanos no comunitarios, el TJCE resolvió que la obligación de obtener una autorización no puede tener como efecto dejar a la discreción de la administración el ejercicio de una libertad fundamental y por tanto, a título de ejemplo, convertir en algo ilusorio el ejercicio del libre movimiento de capitales<sup>69</sup>. La obligación de obtener una autorización, por tanto, se considera inadmisibles si los objetivos perseguidos con ello se pueden conseguir también mediante un simple sistema de registro apropiado. En consecuencia, el TJCE consideró en el año 1999 como desproporcionado el sistema establecido en aquel momento en Tirol, que requería una autorización para la adquisición de solares edificables, ya que un sistema como aquél que establecía un seguro escrito del comprador, con la posibilidad de la posterior intervención de la autoridad en caso de incumplimiento del seguro, representaba un medio atenuante para conseguir los objetivos de ordenación del territorio y fortalecimiento de la economía regional (Caso **Konle**<sup>70</sup>). Con su sentencia del 5-3-2002, en el asunto **Reisch**<sup>71</sup>, a propósito de las normas de Salzburgo, y con su sentencia del 15-05-2003, en el asunto **Salzmann**<sup>72</sup>, sobre la Ley de Transmisiones de Inmuebles de Vorarlberg, el TJCE ha mantenido dicha línea de jurisprudencia y aclarado que un sistema que imponga la obligación de obtener una autorización resulta desproporcionado también en el supuesto de adquisición de solares no edificables.

Asimismo el TJCE ya había sentenciado con anterioridad que la obligación de obtener una autorización en Italia para la adquisición de terrenos en determinadas zonas costeras y territorios turísticos por parte de ciudadanos no italianos, que el legislador italiano había justificado aduciendo motivos de defensa nacional, no era compatible con el libre movimiento de capitales<sup>73</sup>. Lo contrario sólo sería admisible, en opinión del TJCE, si los tribunales na-

cionales competentes hubieran establecido que un tratamiento no discriminatorio de los ciudadanos nacionales de otros Estados miembros pudiera implicar peligros reales, concretos y serios para los intereses militares del Estado miembro en cuestión, a los que no pudiera hacerse frente de una manera menos radical.

También en el caso del **Procedimiento de registro** más suave, el TJCE sustenta la opinión, si bien desde fechas muy recientes, de que la declaración de nulidad con carácter retroactivo de un contrato de compraventa, en caso de presentación fuera de plazo de la solicitud de registro requerida, por un ciudadano comunitario, tampoco constituye una medida proporcionada adecuada con el objetivo perseguido, como es impedir el aprovechamiento ilegal de los terrenos en vacaciones<sup>74</sup>. Por tanto, también estas regulaciones son ineficaces.

Además de las segundas viviendas, en el punto de mira de las decisiones más recientes del TJE están también las restricciones para la compra de **terrenos agrícolas**.

En el caso **Ospelt y Schlössle Weissenberg**<sup>75</sup> el TJCE se ha manifestado a propósito de la autorización obligatoria en las transmisiones de bienes agrícolas y forestales según la Ley de Transmisiones de Inmuebles de Vorarlberg. Este procedimiento no sólo es relevante para los notarios sino que nos muestra también de qué modo el Derecho comunitario puede penetrar hasta lo más profundo en las leyes que regulan la propiedad en los Estados miembros.

**Antecedentes:** En el caso *Ospelt* la Comisión Regional para transmisiones de inmuebles de la Región de Vorarlberg rechazó la inscripción de una explotación agrícola y forestal con una superficie aprox. de 43 hectáreas, que incluía también un castillo, a nombre de una fundación con sede en Liechtenstein. La propietaria, que asimismo era nacional de Liechtenstein, vivía en el castillo. La mayoría de los terrenos agrícolas y forestales estaban arrendados a terceros.

22-1-1998, Asunto C-266/96 (*Corsica Ferries*), Recop. 1998, I-3949, 4000, núm. 56 (sobre la libre prestación de servicios).

65 TJCE, Sentencia del 1-6-1999, Asunto C-302/97 (*Konle*), loc. cit., núm. 40.

66 TJCE, Sentencia del 6-11-1984, Asunto C-182/83 (*Fearon*), loc. cit., núm. 3 ss.

67 TJCE, Sentencia del 23-9-2003, Asunto C-452/01 (*Ospelt*), Recop. 2003, I-9743, núm. 39.

68 TJCE, Sentencia del 30-11-1995, Asunto C-55/94 (*Gebhard*), Recop. 1995, I-4165, núm. 37.

69 TJCE, Sentencias del 23-2-1995, Asunto C-358/93 y C-416/93 (*Bordessa*), Recop. 1995, I-361, núm. 25; del 14-2-1995, Asunto C-163/94, C-165/99 y C-250/94 (*Sanz de Lera*), Recop. 1995, I-4821, núm. 25; del 1-6-1999, Asunto C-302/97 (*Konle*) loc. cit., núm. 44.

70 TJCE, Sentencia del 1-6-1999, Asunto C-302/97 (*Konle*), loc. cit., núm. 46 y ss. La norma de excepción para segundas viviendas negociada con motivo de la adhesión de Austria a la UE era de aplicación a la situación legal existente al 1-1-1995. La mayoría de las normas austriacas se endurecieron una vez más a partir de 1995.

71 TJCE, Sentencia del 5-3-2002, Asunto C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99 (*Reisch*), Recop. 2002, I-2157.

72 TJCE, Sentencia del 15-5-2003, Asunto C-300/01 (*Salzmann*), Recop. 2003, I-4899.

73 TJCE, Sentencia del 13-7-2000, Asunto C-423/98 (*Albore*), Recop. 2000, I-5965.

74 TJCE, Sentencia del 1-12-2005, Asunto C-213/04 (*Burtscher*), loc. cit., núm. 53 s.

75 TJCE, Sentencia del 23-9-2003, Asunto C-452/01 (*Ospelt*), loc. cit.

Como beneficiaria de la fundación figuraba la propietaria de los terrenos. El motivo de la transmisión a nombre de la Fundación era evitar el reparto de esta propiedad familiar entre los herederos. La Fundación declaró ante la autoridad responsable de la autorización que las tierras continuarían siendo arrendadas a los mismos agricultores que las tenían en ese momento. La Ley de Transmisiones de Inmuebles de Vorarlberg no contemplaba, en el caso de terrenos agrícolas y forestales, la obligación especial de obtener una autorización para su adquisición por parte de ciudadanos no austriacos, sino que establecía una autorización obligatoria de carácter general. Según el § 5 de la VGVG la autorización sólo podía concederse si el comprador de los terrenos, en el marco de su actividad agrícola los explotaba directamente y establecía asimismo su domicilio permanente en la explotación. Como los terrenos no eran explotados directamente, ya que estaban arrendados y la Fundación, como sociedad de capital, tampoco tenía su domicilio en la explotación, en el sentido de la Ley de Vorarlberg, no se le concedió la autorización solicitada.

De conformidad con el Art. 40 del Convenio relativo al EEE el libre movimiento de capitales establecido en el Derecho comunitario es aplicable también en las relaciones jurídicas entre ciudadanos de los Estados miembros del EEE, entre los que figura también el Principado de Liechtenstein, y los Estados de la UE.

Al examinar la compatibilidad de la norma de Vorarlberg con el libre movimiento de capitales el TJCE estableció, en primer lugar, que el requisito del domicilio, en este caso, a priori no tiene carácter discriminatorio<sup>76</sup>, toda vez que el tratamiento desigual no se produce por razón de la nacionalidad sino con el objetivo específico de atraer una población hacia el sector agrícola y de mantener las explotaciones agrícolas viables<sup>77</sup>.

En cuanto a la proporcionalidad de la autorización obligatoria, añadía el TJCE, que al contrario de lo que ocurre con las casas de vacaciones, un control posterior por parte de las autoridades no se puede garantizar con la misma seguridad que si se establece una autorización obligatoria, y que el cese de la explotación de superficies agrícolas queda excluido y por tanto queda asegurada su utilización permanente para las necesidades de la agricultura<sup>78</sup>. La posterior declaración de nulidad por los tribunales implicaría retrasos en la explotación y afectaría a la seguridad jurídica, que es uno de los aspectos esenciales de toda norma relativa a la transmisión de bienes inmuebles.

En todo caso y de conformidad con el TJCE se considera inadmisibles el requisito de la explotación directa y de la residencia para la autorización si el terreno a enajenar, en el momento de la venta, no es explotado directamente por el propietario sino por un agricultor como aparcerero y el nuevo propietario, que tampoco va a explotar directamente las tierras y tampoco va a fijar allí su residencia, se obliga a respetar las condiciones de explotación con los mismos arrendatarios<sup>79</sup>. El objetivo de mantener una población agrícola viable se puede conseguir, en opinión del TJCE, con unas medidas menos restrictivas. La venta a personas jurídicas se puede supeditar a la obligación de un arrendamiento de la explotación a largo plazo. Cabe pensar también, en opinión del TJCE, en mecanismos que contemplen un derecho preferente a favor

de los arrendatarios, en virtud de los cuales si estos últimos no adquieren la propiedad subsisten las opciones de compra para los propietarios que no las explotan directamente, quienes se obligan a mantener el aprovechamiento agrícola.

En el caso de Vorarlberg el TJCE ha salvado la norma legal en la medida en que ha considerado posible una interpretación conforme a las Directivas al tiempo que ha obligado a las autoridades nacionales, en el caso que nos ocupa, a conceder la autorización.

En el caso **Festersen**<sup>80</sup> el TJE ha aplicado la jurisprudencia ya citada a la **Ley de agricultura de Dinamarca**, en virtud de la cual la adquisición de terrenos agrícolas queda supeditada a que el comprador establezca allí su residencia Permanente.

Esta ley tiene por objeto, según las declaraciones del gobierno danés al TJE permitir la explotación tradicional de los terrenos agrícolas directamente por sus propietarios, asegurar una población permanente en las zonas agrícolas y evitar presión en el mercado de solares a construir. El TJE apreció en estos objetivos intereses del bien común, habiendo rechazado que existiera una discriminación indirecta en razón de la nacionalidad, si bien estableció que se había producido una **infracción contra el principio de proporcionalidad**. El requisito de fijar la residencia no es apropiado para asegurar la explotación tradicional por sus propietarios toda vez que la obligación de explotación, de acuerdo con la ley de agricultura danesa, sólo rige para superficies de menos de 30 Has. Con la obligación de fijar la residencia tampoco se puede alcanzar el objetivo de mantener la población toda vez que para garantizar la viabilidad de las explotaciones, en determinados casos puede ser necesario incluso el que un agricultor que vive precisamente en terrenos de otra explotación tenga que comprar tierras con este fin. Con la obligación de fijar la residencia, por último, es evidente que puede evitarse la presión sobre los precios de los terrenos si bien en opinión del TJE cabría adoptar medidas menos incisivas, como la fijación por el Estado de los precios de los terrenos, fomentar el alquiler de viviendas construidas en terrenos agrícolas, aplicar impuestos más altos en caso de reventa de terrenos en un breve plazo tras su adquisición o exigir que los contratos de arrendamiento de terrenos agrícolas tengan una duración mínima importante<sup>81</sup>.

#### 2.4. Efecto de la rescisión en contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales para la escritura notarial

En los últimos años, el TJE se ha ocupado en repetidas ocasiones de los requisitos y las consecuencias jurídicas de una revocación, de acuerdo con la directiva sobre re-

76 TJCE, Sentencia del 23-9-2003, Asunto C-452/01 (*Ospelt*), loc. cit., núm. 37.

77 Ver también TJCE, Sentencia del 6-11-1984, Asunto C-182/83 (*Fearon*), Recop. 1984, 3677, en el que el TJCE declaró inadmisibles una norma irlandesa para expropiar propiedades agrícolas a aquellos propietarios que no tuvieran fijado su domicilio en la propia explotación.

78 TJCE, Sentencia del 23-9-2003, Asunto C-452/01 (*Ospelt*), loc. cit., núm. 43f.

79 TJCE, Sentencia del 23-9-2003, Asunto C-452/01 (*Ospelt*), loc. cit., núm. 51.

80 TJCE, sentencia del 25.1.2007, Caso C-370/05 (*Festersen*), Recop. 2007, I-1129

81 TJCE, sentencia del 25.1.2007, Caso C-370/05 (*Festersen*), más arriba citada, Rn. 29 y ss.

vocación contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales<sup>82</sup>. Desde el punto de vista notarial son especialmente de interés los efectos que tiene la revocación de un contrato de préstamo para la escritura de compraventa ante notario.

#### 2.4.1. *Heininger*: Derecho de rescisión

La **Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales** obliga a los Estados miembros, entre otras cosas, en el caso de operaciones cerradas con ocasión de una visita del profesional al consumidor en el domicilio de éste o en el domicilio de otro consumidor, a reconocerle el derecho de rescisión. De conformidad con el Art. 3, apartado 2 letra a) la Directiva no es aplicable sin embargo a los contratos de construcción, venta y alquiler de inmuebles así como a los contratos que contemplen otros derechos sobre inmuebles.

La **Ley alemana** sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (*Haustürwiderrufsgesetz* – HWiG), por el contrario, no contemplaba en principio el derecho de rescisión del consumidor en los contratos con garantía hipotecaria sino que sólo reconocía el derecho de rescisión según la Ley de Protección de los Consumidores (*VerbraucherKreditgesetz* – VerbrKrG).

En su Sentencia del 13-12-2001 el TJCE en el asunto **Heininger**<sup>83</sup> interpretó sin embargo, por el contrario, que la Directiva era también aplicable a los contratos con garantía hipotecaria, es decir a los contratos de préstamo concertados para financiar la compra de un inmueble. Aunque un contrato de este tipo lleve vinculado un derecho sobre un inmueble, toda vez que el préstamo concedido está garantizado con un derecho hipotecario, en opinión del TJCE este punto de vista no es suficiente para considerar el negocio jurídico como un contrato relativo a un derecho sobre un inmueble, en el sentido del Artículo 3, apartado 2, letra a) de la Directiva. Por tanto al consumidor, en relación con el contrato de préstamo, aunque no aparezca la información relativa al derecho de rescisión, se le reconoce el derecho de rescisión de conformidad con el Artículo 5 de la Directiva. Los efectos de la rescisión de un contrato de préstamo, por lo que se refiere al contrato de compraventa del inmueble y a la formalización de la garantía hipotecaria, se rigen, de acuerdo con el TJCE, por la normativa nacional de cada país.

El **BGH** (Tribunal Supremo Alemán) había reconocido a los consumidores, a este respecto, un derecho de rescisión si bien era de la opinión de que el § 9 de la VerbrKrG, de conformidad con el § 3, apartado 2, núm. 2 de la VerbrKrG, no era aplicable a los contratos con garantía hipotecaria<sup>84</sup> y que un contrato con garantía hipotecaria y la compraventa de un terreno financiado no podían considerarse negocios que constituyeran una única unidad económica en el sentido del § 9 de la VerbrKrG. De acuerdo con la jurisprudencia constante del BGH incluso la persona no experta en leyes y sin experiencia comercial sabe que el prestamista y el vendedor de un inmueble, por regla general, son personas distintas. Así lo ha tenido en cuenta el legislador cuando en el § 3, apartado 2, núm. 2 de la VerbrKrG ha determinado que las disposiciones relativas a las operaciones relacionadas no son aplicables a los préstamos con garantía real en el sentido del § 3, apartado 2, núm. 2 de la VerbrKrG. La rescisión del contrato de préstamo hipotecario no afecta por tanto esencialmente a la eficacia del contrato de compraventa de un inmueble.

Con su sentencia del 12-11-2002 la sala XI del BGH resolvió asimismo que el consumidor en cuestión, tras la rescisión del contrato de préstamo, tiene derecho al reembolso de los intereses y de las cuotas amortizadas como también derecho a que se le paguen intereses, a un tipo de interés habitual en el mercado sobre las cuotas pagadas al prestamista<sup>85</sup>. En sentido contrario, el prestamista tiene derecho, de conformidad con el § 3 de la HWiG, versión antigua, al reembolso del importe neto del préstamo desembolsado incluidos los intereses, a un tipo habitual en el mercado, sobre el importe neto del préstamo<sup>86</sup>. El prestamista no tiene derecho a que se le reembolsen los gastos de tramitación ni la diferencia de cambio. El BGH estableció expresamente en este sentido que con la obligación de proceder al reembolso inmediato y al pago de intereses sobre el préstamo al tipo habitual de mercado para muchos consumidores resulta financieramente poco o nada interesante rescindir el contrato de préstamo. El hecho de que en esta circunstancia un consumidor sorprendido e implicado en un contrato negociado fuera de un establecimiento comercial se encuentre en una situación claramente peor de lo que habría estado antes de la entrada en vigor de la HWiG está justificado por una resolución adoptada de manera consciente por el legislador<sup>87</sup>, a propósito de la cual añadió que no se aprecia ningún motivo razonable para que el tomador del préstamo, que en el caso de un contrato negociado fuera del establecimiento comercial hubiera sido incitado a firmar la declaración contractual, en caso de retrocesión de la operación, con una plusvalía legal, esté en mejor posición que aquél que a través de un engaño doloso se haya visto implicado.

#### 2.4.2. *Schulte y Crailsheimer Volksbank*: Consecuencias de la rescisión

Algunos de los juzgados de primera instancia no siguieron la teoría del BGH y recurrieron de nuevo al TJCE. Con su Sentencia del 25-10-2005 el TJCE reiteró una vez más en el asunto **Schulte**<sup>88</sup>, que las **consecuencias de la rescisión se rigen por el Derecho nacional**.

- De lo que el TJCE deduce que la Directiva no obliga a los Estados miembros a contemplar el contrato de préstamo y el contrato de compraventa como un negocio jurídico unido aunque ambos contratos constituyan una unidad económica. La **rescisión del contrato de préstamo no tiene por qué conducir obligatoriamente a la ineficacia del contrato de compraventa**.

82 Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20-12-1985 relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, DO. L 372, 31.

83 TJCE, Sentencia del 13-12-2001, Asunto C-481/99 (*Heininger*), Recop. 2001, I 9945, núm. 32 y ss.

84 BGH, Sentencia del 9-4-2002, XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248 = DNotZ 2002, 859 = NJW 2002, 1881.

85 BGH, Sentencia del 12-11-2002, XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331 = DNotZ 2003, 338 = NJW 2003, 422, 423 = WM 2002, 2501 = ZIP 2003, 64.

86 Igualmente BGH, Sentencia del 26-11-2002, XI ZR 10/00, DNotI-Report 2003, 20 = DNotZ 2003, 203 = NJW 2003, 885, 886.

87 El § 3 apartado 3 de la HWiG versión antigua establecía expresamente que para la cesión del uso o la utilización de una cosa, al igual que por otras prestaciones, se debe pagar por su valor hasta el momento en que se ejercite la rescisión; no se tiene en cuenta sin embargo la pérdida de valor sufrida como consecuencia del uso de una cosa de acuerdo con su destino o de aprovecharse de cualquier otra prestación.

88 TJCE, Sentencia del 25-10-2005, Asunto C-350/03 (*Schulte*), Recop. 2005, I-9215, núm. 79.

- Asimismo el TJCE señala en esta sentencia, lo que se corresponde con la jurisprudencia alemana, que es compatible con la Directiva obligar al cliente, en caso de rescisión del contrato de préstamo, a la **devolución inmediata del importe del préstamo** junto con los intereses al tipo de mercado, si el consumidor ha sido debidamente advertido al respecto.
- Al contrario de la jurisprudencia anterior de la Sala XI del BGH, el TJCE deja bien claro que una entidad de crédito que no haya **atendido debidamente su obligación de instruir acerca del derecho de rescisión** deberá **asumir los riesgos** relacionados con dicha inversión de capital. En el procedimiento de partida, así el TJCE, existía el riesgo, junto con el peligro de que la vivienda en el momento de la compra estuviera valorada muy alta, en particular, de que los ingresos por alquiler previstos, que junto con los beneficios fiscales debían permitir hacer frente a los intereses y a la amortización, realmente no se obtuvieran y de que las expectativas, por lo que se refiere a la evolución del precio del inmueble, resultaran ser falsas. Estos riesgos, sin embargo, sólo tendrán que ser soportados por la entidad financiera si el consumidor, debidamente informado acerca de su derecho de rescisión, hubiera podido evitar incurrir en tales riesgos. El TJCE exige también junto a la falta de instrucción sobre el derecho de rescisión que exista una relación de causalidad entre la infracción de la obligación de la entidad crediticia y la materialización del riesgo.

En la resolución paralela, el asunto **Crailsheimer Volksbank**<sup>89</sup>, el TJCE ha decidido, que la determinación de los riesgos específicos de la inversión debe hacerse de manera objetiva. No se trata por tanto de determinar si la entidad de crédito tenía conocimiento de las características de la inversión de capital o si debía haber tenido conocimiento de las mismas. De conformidad con los criterios desarrollados en el § 123, apartado 2 del BGB para la imputación, no se hace necesario imputar el conocimiento de un eventual mediador, que motivó el que el consumidor hiciera sus declaraciones en el contrato negociado fuera del establecimiento comercial.

La Sala II del BGH, en el entretanto, en consulta con la Sala XI ha ratificado esta "Objetivación", a propósito de la cuestión de la imputación de un contrato negociado fuera del establecimiento comercial, como tal<sup>90</sup>.

Como consecuencia de la decisión en el caso Schulte, el **Tribunal Supremo Alemán** en su sentencia del 26-2-2008<sup>91</sup> a partir del § 2 apartado 1 de la HWiG, versión antigua, ha deducido una **auténtica obligación jurídica del adjudicatario de informar formalmente sobre la revocación** y ha decidido que el inversor, **en caso de finalización del contrato**, tiene derecho a **reclamar una indemnización por daños culposos** de no habersele facilitado información sobre la revocación.

Para el BGH (Tribunal Supremo Alemán) este derecho presupone que el tomador del préstamo, en el momento de firmar el contrato de préstamo todavía no este obligado por el contrato de compra, que el banco financiador sea el culpable de no haber facilitado información sobre la posible revocación, en particular en un fallo jurídico culposo y que es-

ta falta de información esté en el origen de la causalidad de los daños. El derecho a reclamar una indemnización por daños puede tomarse también en consideración, en opinión del BGH, si la situación de la puerta de la casa no se daba en el momento de la firma del contrato sino sólo durante la fase de preparación del mismo. El BGH rechaza expresamente la responsabilidad, cuando no tenga culpa, del banco financiador<sup>92</sup>.

#### 2.4.3. *Hamilton*: Se admite la exclusión del derecho de revocación si se ha cumplido

Con sentencia del 10.4.2008 el TJE decidió en el caso **Hamilton**<sup>93</sup>, que es **compatible** con la directiva relativa a la revocación de la puerta de la casa, que el § 2 apartado 1 frase 4 de la HWiG versión antigua **excluya el derecho de revocación en el caso de que las prestaciones recíprocas hayan quedado completamente perfeccionadas hace más de un mes**.

Todavía en la sentencia *Heininger*, el TJE había rechazado un aplazamiento temporal del derecho de revocación para el caso de que el consumidor no hubiera sido debidamente informado<sup>94</sup>. El TJE dejó claro, que en los casos *Heininger*, *Schulte* y *Crailsheimer Volksbank* se planteaban siempre situaciones en las que los contratos de préstamo todavía no estaban completamente perfeccionados. El texto de la directiva relativa a la revocación de la puerta de la casa y su finalidad, liberar al consumidor de sus obligaciones, vienen a establecer, siempre en opinión del TJE, que la protección de los consumidores tiene sus límites allí donde el consumidor ya no tiene ninguna obligación por haberlas cumplido.

#### 2.4.4. Propuesta del Tribunal Supremo Alemán: Revocación y sociedad viciada

Aquí se hace referencia aunque sólo sea de pasada al procedimiento relacionado **E. Friz GmbH/von der Heyden**<sup>95</sup>. En éste, el BGH, con su resolución del 5-5-2008<sup>96</sup> planteaba al TJE la cuestión de si el hecho de que un consumidor fuera miembro de una sociedad mercantil o de una sociedad de personas, de una asociación o de una cooperativa, y en particular, de un fondo de inversión inmobiliaria cerrado

89 TJCE, Sentencia del 15-11-2005, Asunto C-229/04 (*Crailsheimer Volksbank*), Recop. 2005, I-9273, núm. 42 ss.

90 BGH, Sentencia del 12-12-2005, II ZR 327/04, MDR 2006, 679 = NJW 2006, 497 = ZIP 2006, 221. El BGH comparte ahora la opinión, uniéndose a la resolución del TJCE, de que el § 1 de la HWiG debe seguir interpretándose como conforme a la Directiva ya que la entidad de crédito no tiene por qué tener conocimiento de que objetivamente existe una situación en la que el contrato se ha negociado fuera del establecimiento comercial.

91 BGH (*Tribunal Supremo Alemán*), sentencia del 26.2.2008 – XI ZR 74/06, MDR 2008, 635 = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686.

92 Desde el punto de vista notarial esta solución de la reclamación por daños del BGH tiene como consecuencia que el contrato de compraventa como tal no sólo sea eficaz, es decir, que no puede revocarse, sino que en el peor de los casos puede traer como consecuencia la transmisión del inmueble al banco financiador.

93 TJE, sentencia del 10.4.2008, Caso C-412/06 (*Hamilton*), todavía no publicada en el compendio oficial.

94 TJE, sentencia del 13.12.2001, asunto C-481/99 (*Heininger*), más arriba citada. Rn. 16 y 18. Como consecuencia de la decisión del TJE el legislador alemán introdujo una modificación en el § 355 apartado 3 del BGB (Código Civil alemán) y suprimió la exclusión del derecho de revocación en caso de cumplimiento.

95 Rs. C-215/08 (*E. Friz GmbH/von der Heyden*).

96 BGH, decisión del 5.5.2008 – II ZR 292/06, DSrR 2008, 1100 = EuZW 2008, 377 = NZG 2008, 460 = ZIP 2008, 1018.

queda dentro del ámbito de aplicación de la directiva relativa a la revocación de la puerta de casa o si es compatible con la directiva el que el consumidor, en el caso de la revocación sólo tenga derecho al pago del saldo de la indemnización (teoría de la sociedad viciada) o si el consumidor puede exigir la devolución de la aportación inicialmente efectuada a la sociedad. De acuerdo con la jurisprudencia actual del TJCE, si el saldo de la liquidación fuera negativo el consumidor puede estar incluso obligado a cubrir dicho saldo negativo<sup>97</sup>.

### 3. Abuso de las cláusulas contractuales

Junto a la Directiva que reconoce el derecho de rescisión en los contratos negociados fuera del establecimiento comercial también la Directiva relativa a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, citada de manera abreviada como **Directiva sobre las cláusulas abusivas**<sup>98</sup>, tienen relevancia para la práctica notarial, sobre todo al redactar los contratos de promotor. A veces se ha sobreestimado, y mucho, el amplio grado de regulación de la Directiva y la competencia interpretativa del TJCE.

En el asunto **Océano Grupo**<sup>99</sup> el TJCE ha expresado su posición **directamente sobre una cláusula contractual** específica y ha determinado que una cláusula redactada por un comerciante, en virtud de la cual todas las eventuales disputas relacionadas con el contrato se deben someter a la competencia de los tribunales dentro de cuya jurisdicción tiene su domicilio el comerciante, cumple todos los criterios para ser considerada abusiva en el sentido de la Directiva sobre las cláusulas abusivas.

Sin embargo, dos años después, el TJCE, en el asunto **Comisión/Suecia**<sup>100</sup> ha remarcado que el Art. 3 de la **Directiva sobre las cláusulas abusivas** sólo define de manera abstracta los factores que confieren a una cláusula contractual que no haya sido negociada en detalle un carácter abusivo. La relación de cláusulas abusivas que figuran en el Anexo a la Directiva sobre las cláusulas abusivas constituye, en opinión del TJCE, simplemente una lista indicativa que no agota las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Una cláusula incluida en la lista no puede considerarse, en opinión del TJCE, obligatoriamente como abusiva y, viceversa, una cláusula que no aparezca allí incluida puede sin embargo ser declarada abusiva.

En la resolución **Freiburger Kommunalbauten**<sup>101</sup> adoptada el 1-4-2004 el TJCE señala por último que el carácter abusivo de una cláusula contractual determinada debe enjuiciarse de conformidad con el Art. 4 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, teniendo en consideración la clase de bienes o de servicios, el objeto del contrato, y todas las circunstancias que han intervenido en el cierre del contrato. En este contexto debe prestarse especial atención también a las consecuencias que pueden tener las cláusulas en el marco del derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional. De lo que se deduce que el Tribunal, en el marco del ejercicio de su competencia para interpretar el Derecho comunitario, que le ha sido reconocido en el Artículo 234 del Tratado CE puede interpretar los criterios generales utilizados por el legislador comunitario al definir el concepto de cláusula abusiva. Por el contrario, para

aplicar estos criterios generales no puede referirse a una cláusula determinada, que deberá examinarse a la vista de las circunstancias del caso en particular. Esto último es competencia del **Tribunal nacional**. El TJCE ha dejado por tanto sin responder la cuestión planteada por el BGH, de si la obligación de pago del comprador en un contrato promotor se considera inadmisibles de acuerdo con las condiciones del MaBV.

El TJCE tampoco se ve llamado a verificar millones de cláusulas contractuales en los Estados miembros para determinar si tienen o no carácter abusivo sino que traslada esta misión que, en materia de recursos humanos y de conocimientos técnicos plantea unas exigencias muy elevadas, al nivel de los Estados miembros.

- Ciertamente no parece estar excluido el que el TJCE, **en casos especiales muy claros** y en materias de Derecho, sobre las que la amplia regulación del Derecho comunitario sea mayor, como ocurre en el tema de la jurisdicción, en las normas sobre el procedimiento de prueba o el procedimiento civil, vuelva a manifestarse de nuevo a propósito del carácter abusivo de una cláusula concreta.
- La carga principal de la interpretación de la Directiva sobre las cláusulas abusivas recae sin embargo en los **Tribunales** nacionales. El riesgo de que se produzca una desintegración jurídica me parece muy pequeño en este contexto.
- En tanto en la Unión Europea convivan 25 ordenamientos jurídicos distintos, cada cláusula tendrá prácticamente un efecto distinto en cualquier otro sistema jurídico. Por tanto **sólo es posible una consideración en cada caso particular**.

## 4. Derecho de sociedades

### 4.1. Empresas municipales y respeto del derecho de adjudicación

Como ya se ha citado, en toda la Unión Europea, los ayuntamientos tienden cada vez más a desempeñar funciones públicas a través de sociedades de derecho privado. A veces desempeñan un papel importante las razones fiscales mientras que en otros casos lo que se busca es la participación del capital privado en el desempeño de estas funciones.

Para el notario, en razón a la más reciente jurisprudencia del TJCE sobre el derecho de adjudicación, se plantean también aquí presupuestos importantes para la elección de la forma jurídica y de los socios como también para la redacción de los estatutos sociales.

97 Ver a este respecto, por ejemplo OECHSLER, *Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht*, NJW 2008, 2471 y ss.

98 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 05-04-1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L 95, 29.

99 TJCE, Sentencia del 27-6-2000, Asuntos C-240 a C-244/98 (*Océano Grupo*), Recop. 2000, 4941.

100 TJCE, Sentencia del 7-5-2002, Asunto C-478/99 (*Comisión/Suecia*), Recop. 2002, I-4147.

101 TJCE, Sentencia del 1-4-2004, Asunto C-237/02 (*Hofstetter*), Recop. 2004, I-3403.

#### 4.1.1. Adjudicación a un consorcio de municipios (*Teckal y Coditel Brabant*)

En los casos **Teckal**<sup>102</sup> y **Coditel Brabant**<sup>103</sup> el TJE resolvió que la normativa en materia de adjudicaciones (respectivamente, en el caso de concesiones de servicios, el derecho comunitario general) tendría que respetarse incluso en el caso de que un ayuntamiento adjudicara encargos a una empresa especial que revistiera la forma de un **consorcio de derecho público integrado por varios ayuntamientos** o a una **Cooperativa**<sup>104</sup> que estuviera **integrada exclusivamente por ayuntamientos**. Otra cosa sería que el ayuntamiento, a través de ese consorcio o de la cooperativa intermunicipal ejerciera un control como si se tratara de servicios propios y al mismo tiempo dicha entidad desarrollara su actividad fundamentalmente para las instituciones participantes en la misma.

#### 4.1.2. Sociedades de economía mixta (*Ciudad de Halle y Comisión/Austria*)

En el asunto **Ciudad de Halle**<sup>105</sup> el TJCE desarrolló esta jurisprudencia en relación con **Sociedades de economía mixta**, en las que participan tanto socios públicos como privados.

**Antecedentes:** En el procedimiento inicial la Ciudad de Halle, sin haber tramitado un procedimiento de adjudicación, había decidido iniciar las oportunas negociaciones para la firma de un contrato relacionado con la recogida de las basuras municipales con la empresa RPL Lochau GmbH. El capital social de RPL Lochau GmbH estaba controlado en un 75,1 % por la firma Stadtwerke Halle GmbH, de la que eran socios únicos la *Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe Stadt Halle mbH*, en la que la Ciudad de Halle mantenía una participación del 100%. El restante 24,9 % del capital de RPL Lochau GmbH estaba en manos de una sociedad limitada de derecho privado. Un competidor presentó recurso contra la adjudicación del contrato.

Una vez que el TJCE aclaró que el Art. 1 apartado 1 de la Directiva 89/665 contempla también la posibilidad de recurrir las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores fuera de un procedimiento de adjudicación formal<sup>106</sup>, se planteó entonces la pregunta de si el derecho de adjudicación de la UE también era aplicable a las sociedades de capital mixto. El TJCE manifestó en un primer momento que el derecho de adjudicación de la UE persigue como objetivo una apertura del marco de adjudicación público al mayor número posible de competidores<sup>107</sup>.

- Por principio, el derecho de adjudicación no resulta aplicable cuando el organismo público desarrolla las tareas que tiene confiadas en interés general con sus propios medios administrativos, técnicos y de otro tipo, a través de sus **propios servicios**, que jurídicamente no se diferencian de él.
- De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE no cabe excluir, sin embargo, que existan otras circunstancias que, de presentarse, hagan innecesaria la petición de ofertas incluso aunque el socio contractual sea una entidad que se diferencie jurídicamente de la entidad pública adjudicadora. La entidad pública en cuestión de-

berá ejercer sobre la empresa en cuestión un **control similar al ejercido sobre sus propios servicios**. Asimismo, la empresa en cuestión deberá desarrollar sus actividades en lo esencial con las entidades o servicios públicos que participan en su capital.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la **participación de una empresa privada** en el capital de una sociedad, aunque se trate de una participación minoritaria, en la que también participe la entidad pública adjudicadora, excluye en cualquier caso el que la entidad pública adjudicadora ejerza sobre dicha entidad un control similar al que ejerce sobre sus propios servicios.

Pues la relación entre una entidad pública, que es un poder público adjudicador, y sus propios servicios viene determinada por una serie de consideraciones y requisitos que guardan relación con el logro de unos objetivos de interés público. La inversión de capital privado en una empresa se fundamenta, por el contrario, en unas consideraciones que guardan relación con intereses privados y persigue otro tipo de objetivos. Por otra parte, la adjudicación de un encargo público a una empresa de economía mixta, sin solicitar una petición de ofertas, supone menoscabar el objetivo de una competencia libre y no falseada y el principio citado en la Directiva 92/50<sup>108</sup> de igualdad de tratamiento de los interesados, en particular porque un procedimiento de este tipo ofrecería una ventaja a la empresa privada, participante en el capital de la misma, frente a sus competidores.

El TJCE parte, por tanto, en el caso objeto de examen, de la obligación de convocar un concurso.

También en el asunto **Comisión/Austria**<sup>109</sup> el TJCE ha confirmado una vez más la aplicación del derecho de adjudicación de la UE en el caso de una participación privada en el capital de la sociedad adjudicataria. Asimismo ha añadido en su jurisprudencia que la aplicación del derecho de adjudicación no se puede eludir con el argumento de que el encargo ya se había adjudicado y **sólo a continuación se produjo la toma de participación en el capital de la sociedad por el sector privado**<sup>110</sup>. En este sentido deberá determinarse la aplicación del derecho de adjudicación tomando en consideración una visión global de las medidas a adoptar y del objetivo de tales medidas.

102 TJCE, Sentencia del 18-11-1999, Asunto C-107/98 (*Teckal*), Recop. 1999, I-8121.

103 TJE, sentencia del 13.11.2008, caso C-324/07 (*Coditel Brabant*), más arriba citada

104 En el caso de partida se trataba de una cooperativa constituida según la ley belga de sociedades intermunicipales, una forma especial de colaboración de derecho público.

105 TJCE, Sentencia del 11-1-2005, Asunto C-26/03 (*Ciudad de Halle*), Recop. 2005, I-1.

106 TJCE, Sentencia del 11-1-2005, Asunto C-26/03 (*Ciudad de Halle*), loc. cit., núm. 22 ss.

107 TJCE, Sentencia del 11-1-2005, Asunto C-26/03 (*Ciudad de Halle*), loc. cit., núm. 47.

108 Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18-06-1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, DO. L 209, 1.

109 TJCE, Sentencia del 10-11-2005, Asunto C-29/04 (*Comisión/Austria*), Recop. 2005, I-9705, núm. 45 ss.

110 TJCE, Sentencia del 10-11-2005, Asunto C-29/04 (*Comisión/Austria*), loc. cit., núm. 39 ss.; asimismo TJCE, Sentencia del 06-04-2006, Asunto C-410/04 (ANAV), Recop. 2006, I-3303, Num. 30.

En consecuencia, si un ayuntamiento optara por constituir una sociedad con participación de socios privados, para atender funciones públicas, deberán tenerse en cuenta las normas del derecho de adjudicación.

La Comisión tomó como pretexto la jurisprudencia citada, en particular la decisión del TJE en el caso *Ciudad de Halle*, para resumir en una **comunicación**<sup>111</sup> su opinión acerca del respeto del derecho comunitario en la fase de constitución de entidades de derecho público institucionales (IÖPP) para la posterior adjudicación de encargos a dicha entidad.

- Según ésta y dependiendo del tipo de tarea (encargo o concesión público) a transferir a la IÖPP (entidad de derecho público institucional), para la **selección del socio privado** serán de aplicación o bien las directrices en materia de adjudicaciones o los principios generales del Tratado de la UE. Para la constitución de una IÖPP el derecho comunitario no exige una doble licitación, a saber, una licitación para la selección del socio privado de la IÖPP y otra licitación para la adjudicación del encargo o concesión público a la empresa de economía mixta. En su lugar es suficiente, en opinión de la Comisión, un procedimiento de selección para la constitución de una IÖPP.
- De todos modos, en el procedimiento de selección deberá garantizarse a todos los ofertantes potenciales igualdad de acceso a las informaciones apropiadas mediante la **publicación oficial de los criterios de idoneidad y de adjudicación**. De acuerdo con la comunicación de la Comisión, la obligación de igualdad de trato y de transparencia significa que en la publicación deberán incluirse el modelo de contrato societario, los eventuales acuerdos societarios y todos los demás elementos por los que se regirán, por una parte las relaciones contractuales entre la entidad pública adjudicante y el socio privado, y por otra parte las relaciones contractuales entre la entidad pública adjudicante y la futura empresa de economía mixta.
- Asimismo, en la licitación deberá hacerse constar la duración previsible del encargo o de la concesión. De igual manera, en los estatutos deberá definirse con toda exactitud el objeto social. Desde el punto de vista de la Comisión, la escritura de constitución debe estar formulada por último de tal manera que sea posible cambiar en el futuro de socio privado.

#### 4.1.3. Sociedad filial al 100% del Ayuntamiento (*aparcamientos Parking Brixen y Carbotermo*)

El TJCE exime con carácter general de la obligación de convocar un concurso en el caso de adjudicación de funciones a empresas filiales al 100% de los ayuntamientos. En el asunto **Aparcamiento Brixen**<sup>112</sup> se trataba de la explotación de un aparcamiento que la Ciudad de Brixen había cedido a su **filial al 100% Stadtwerke Brixen AG**, sin convocar un concurso, contra pago de un canon anual por importe de 151.700.- Euro.

La sociedad Stadtwerke Brixen AG fue constituida como consecuencia de la transformación de la sociedad de carácter especial Stadtwerke Brixen. De conformidad con el Artí-

culo 4 de sus estatutos, Stadtwerke Brixen AG podrá desarrollar, a nivel local, nacional e internacional, entre otras las siguientes actividades:

“g) la explotación de aparcamientos y de garajes junto con las actividades que estén relacionadas con ello.”

De conformidad con el Artículo 18 de los estatutos de Stadtwerke Brixen AG el Consejo de Administración de la misma estaba revestido de las siguientes facultades:

- “1. El Consejo de Administración está revestido de las más amplias facultades para la gestión ordinaria de la Sociedad, pudiendo llevar a cabo cuantos trámites y gestiones considere apropiados o necesarios para el logro de su objeto social.
2. A reserva de la preceptiva autorización, por parte de la Asamblea de Socios, el Consejo de Administración no está autorizado a prestar garantías por un importe superior a Euro 5 (cinco) millones, ni para firmar pagarés ni aceptar letras de cambio cuyo importe supere dicha cifra.
3. La compra y venta de participaciones en otras sociedades, la compra y venta así como el arrendamiento de empresas o de sectores de actividad y la compra y venta de vehículos por hasta un importe de Euro 5 (cinco) millones por cada operación individual se consideran operaciones incluidas dentro de la gestión ordinaria.
4. Se consideran de competencia exclusiva del Consejo de Administración todos aquellos acuerdos que tengan como objeto la fijación y/o la modificación de los emolumentos por cometidos especiales, de conformidad con el Art. 2389, apartado 2 del Código Civil italiano.”

De conformidad con el Artículo 5, apartado 2, de los estatutos de Stadtwerke Brixen AG “... la participación del Ayuntamiento de Brixen en el capital social no podrá representar en ningún caso un porcentaje inferior a la mayoría absoluta del capital social”. Además, el Ayuntamiento de Brixen está facultado para nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad. Como el Consejo de Vigilancia de dicha Sociedad consta de tres miembros efectivos y de dos suplentes, al menos dos de los miembros efectivos y un suplente de dicho Consejo serán designados por el Ayuntamiento de Brixen.

El criterio determinante para la nueva aplicación del derecho de adjudicación es la cuestión de si el ayuntamiento, a través de la sociedad adjudicataria, ejerce un **control como el que ejerce sobre sus propios servicios**<sup>113</sup>. A este respecto el TJCE añade que en el caso concreto de la empresa especial Stadtwerke Brixen ésta había sido una empresa municipal encargada de la realización uniforme e integrada de los servicios públicos locales. El pleno del ayuntamiento establecía la orientación general, disponía la dotación de los recursos de capital, se encargaba de cubrir las eventuales cargas sociales, supervisaba los resultados de la empresa y ejercía el control estratégico, con lo que la empresa tenía asegurada la autonomía requerida. Por el contrario, la sociedad Stadtwerke

111 Comunicación de la Comisión del 5.2.2008 a las preguntas planteadas en relación con la aplicación de las normas jurídicas de derecho comunitario en caso de encargos y concesiones públicas asociaciones de derecho privado institucionales (IÖPP), C (2007) 6661 – DOUE N° C 091 del 12.04.2008, págs. 4 – 9.

112 TJCE, Sentencia del 13-10-2005, Asunto C-458/03 (*Aparcamiento Brixen*), Recop. 2005, I-8612, núm. 62 ss.

113 Asimismo TJCE, Sentencia del 6-4-2006, Asunto C-410/04 (ANAV), loc. cit., núm. 24 ss.

Brixen AG había adoptado una orientación en el mercado que hacía muy difícil su control por parte del municipio. Como prueba de ello cabe citar:

- la transformación de la entidad Stadtwerke Brixen – una empresa de carácter especial del Municipio de Brixen – en una sociedad anónima (Stadtwerke Brixen AG) y la naturaleza de esta forma societaria;
- la ampliación del objeto social, ya que la sociedad ha empezado a operar en nuevos sectores de relevancia, en particular en el transporte de personas y mercancías, como también en el sector de la informática y las telecomunicaciones;
- la prevista apertura de la sociedad al capital privado en un futuro próximo;
- la ampliación del ámbito de actividad geográfico de la sociedad a toda Italia y el extranjero;
- la amplitud de los poderes concedidos al Consejo de Administración que podrán ser ejercidos por la gerencia sin que el ayuntamiento pueda ejercer en la práctica ningún tipo de control.

A la vista de las consideraciones expuestas por el Tribunal se deduce que el control ejercido por el ayuntamiento a través de la sociedad Stadtwerke Brixen AG estaba reducido, en lo esencial, a aquellas medidas que el derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios lo que venía a reducir sensiblemente la dependencia que había existido entre dicho ayuntamiento y la empresa especial Stadtwerke Brixen, sobre todo tomando en consideración las amplísimas facultades que se habían delegado en el Consejo de Administración de la sociedad Stadtwerke Brixen AG.

El TJCE llegó por tanto a la conclusión de que la adjudicación a la sociedad Stadtwerke Brixen AG no debería haber tenido lugar sin haberse convocado un concurso.

En la Resolución **Carbotermo** del 11-5-2006<sup>114</sup> El TJCE precisaba su jurisprudencia, en relación con el aparcamiento Brixen, toda vez que al enjuiciar si la entidad pública adjudicadora ejerce un control, como el que ejerce sobre sus propios servicios, deben tomarse en consideración todas las normas jurídicas y las circunstancias determinantes del caso. Este análisis debe conducir, en opinión del TJCE al resultado de que la sociedad, a la que se le adjudique el encargo, debe estar sometida a un control que permita a la entidad pública adjudicadora influir en las decisiones de la sociedad. Se debe tratar por tanto de la posibilidad de influir de manera determinante tanto en los objetivos estratégicos como también en las decisiones importantes de la sociedad.

#### 4.1.4. Consecuencias para la redacción del contrato por parte del notario

Para la redacción del contrato por parte del notario la jurisprudencia ya citada significa que, por lo que se refiere al derecho de sociedades alemán, se prefiere la forma jurídica de una sociedad limitada a la de una sociedad anónima porque en la primera la influencia del ayuntamiento como socio es mayor.

Asimismo debe tenerse en cuenta que deben establecer-

se unos mecanismos de control muy rígidos, sobre la sociedad, por parte del ayuntamiento. Por ejemplo, en los estatutos pueden relacionarse una serie de negocios jurídicos importantes que requieran la previa aprobación del ayuntamiento.

- Por ejemplo, en los estatutos pueden relacionarse una serie de negocios jurídicos importantes que requieran la **previa aprobación del ayuntamiento**.
- El **control estratégico** de la sociedad por parte del ayuntamiento podría quedar establecido, por ejemplo, si en los estatutos se establece la obligación de que la gerencia presente, para su aprobación, un plan presupuestario y/o un plan de negocio.
- El objeto social debería quedar limitado en la medida posible, a unas **tareas concretas**.
- Debiera quedar excluida la ampliación de las actividades de la sociedad más allá del **ámbito del municipio**.
- Por último, para ocupar la **gerencia** debieran designarse a personas que ocupen puestos de confianza en el ayuntamiento para garantizar de este modo que la influencia del ayuntamiento sobre la gerencia sea todavía mayor.

#### 4.2. Restricciones a la libertad de establecimiento de sociedades que tienen su sede en otros Estados miembros

Como cierre de esta comunicación quisiera pasar a considerar la jurisprudencia del TJCE sobre las restricciones a la libertad de establecimiento de sociedades que tienen su sede en otro Estado miembro<sup>115</sup>.

##### 4.2.1. Centros: La constitución puede tener lugar en otro Estado de la UE distinto de aquél donde desarrolla su actividad

En el año 1999 el TJCE, en el asunto **Centros**<sup>116</sup>, decidió que un Estado miembro no puede denegar la inscripción de la sucursal de una sociedad, que tenga su sede en otro Estado miembro y que esté allí debidamente constituida, aun cuando la sociedad desarrolle toda su actividad en el lugar donde esté establecida la sucursal y la creación de esta sucursal sólo tenga por objeto eludir los elevados requisitos en cuanto al capital mínimo desembolsado de la sociedad, de acuerdo con el derecho de sociedades del Estado donde está establecida la sucursal.

114 TJCE, Sentencia del 11-5-2006, Asunto C-340/04 (*Carbotermo*), Recopilación 2006, I-4137, núm. 36 ss.

115 Las comunicaciones en revistas especializadas, acerca de las consecuencias y del significado de las sentencias del TJCE citadas son abundantes y continuarán apareciendo otras. En este lugar sólo podemos abordar brevemente la problemática de las consecuencias. Las sentencias y las observaciones a la sentencias pueden verse, y si se desea, pueden bajarse del sitio Web del Tribunal de Justicia Europeo ([www.curia.eu](http://www.curia.eu)), rúbrica: Observaciones a sentencias. Sólo en relación con la Sentencia del TJCE *Inspire Art*, 30-09-2003, en el período comprendido hasta el 31-12-2005 el TJCE ha reseñado 77 observaciones, sin que se pueda hablar de integridad.

116 TJCE, Sentencia del 9-3-1999, Asunto C-212/97 (*Centros*), Recop. 1999, 1459.

#### 4.2.2. *Überseering*: Permitido el traslado del domicilio real a otro Estado de la UE

En el año 2002, en el asunto *Überseering*<sup>117</sup>, el TJCE dictaminó que se actúa en contra de la libertad de establecimiento si a una sociedad, constituida de conformidad con la ley del Estado miembro en cuyo territorio soberano tenga establecido su domicilio social y que haya trasladado su sede administrativa real a otro Estado miembro no se le reconocer en el otro Estado miembro capacidad jurídica y capacidad como parte. Asimismo el TJCE en dicha resolución ha defendido la tesis de que el Estado miembro de acogida, en el marco del ejercicio de la libertad de establecimiento debe tener en cuenta la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad como parte, de la sociedad, que ésta posea de conformidad con el Derecho del Estado de su constitución.

#### 4.2.3. *Inspire Art*: El Estado de residencia no puede reclamar que se respete el propio Derecho de Sociedades también si todas las actividades comerciales se desarrollan en el Estado de residencia

En su sentencia *Inspire Art*<sup>118</sup> el TJCE ha precisado su jurisprudencia en relación con la creación de sucursales por parte de sociedades UE. El Artículo 43 del Tratado CE y el 48 CE están en contra de una regulación en virtud de la cual la creación de una sucursal en un Estado miembro, por parte de otra sociedad constituida de conformidad con el derecho de otro Estado miembro, dependa de determinadas circunstancias que están previstas en el Derecho interestatal para la constitución de sociedades, por lo que respecta al capital mínimo y a la responsabilidad de los gerentes. Los motivos por los que la sociedad fue constituida en el otro Estado miembro, así como la circunstancia de que ésta desarrolle su actividad exclusivamente o prácticamente de manera exclusiva en el Estado miembro de la sucursal no le privan de su derecho a invocar la libertad de establecimiento que le garantiza el Tratado CE, a menos que en un caso concreto se compruebe la existencia de un abuso. De acuerdo con el TJCE no está permitido imponer a las empresas obligaciones en materia de publicidad, que no estén previstas en la Directiva sobre sucursales<sup>119</sup>, a reserva de las obligaciones en materia de información de carácter jurídico-social, fiscal y estadístico. La Directiva sobre sucursales en este sentido es determinante<sup>120</sup>.

#### 4.2.4. *innoventif Limited*: Registro de la sucursal y sus costes

El TJCE, en su Sentencia del 1-6-2006 en el asunto *innoventif Limited* resolvió que es compatible tanto con el Art. 43 del Tratado CE y con el Art. 48 CE, como también con la Directiva sobre sucursales el que los registros exijan para la inscripción de la sucursal el pago de una cantidad a cuenta que permita cubrir los gastos previstos de publicación de la totalidad del objeto social de la sociedad, tal como está recogido en su acto constitucional<sup>121</sup>. En este caso concreto, el Juzgado de Charlottenburgo había establecido **un pago a cuenta por importe de 3.000.- Euros para la publicación de la totalidad del objeto social de la Limited (varias páginas completas)** aunque la actividad de la sucursal a registrar estaba restringida tan solo a una parte de dicho objeto social<sup>122</sup>.

El TJCE apunta en su justificación que el Art. 2, apartado 2, letra b) de la Directiva sobre sucursales permite expresamente el que la inscripción de la sucursal dependa de la publicación de todo el acto constitutivo de la sociedad y, en tanto éste sea objeto de un acto especial, de los estatutos<sup>123</sup>. Los §§ 13b apartado 3 y 13g apartado 3 del HGB, junto con el § 19 apartado 1 de la Ley de Sociedades Limitadas, que es aplicable en igual medida tanto a las sociedades nacionales como a las extranjeras, sólo exigen la publicación del objeto social y no, como se deduce de la Directiva, la publicación del acto constitutivo íntegro de la sociedad<sup>124</sup>. Del Art. 3 de la primera Directiva de sociedades<sup>125</sup> junto con el Art. 1 apartado 1 de la Directiva sobre sucursales se deduce asimismo que la publicidad debe tener lugar mediante su publicación en uno de los Diarios oficiales de los Estados miembros a determinar. Por último, en opinión del TJCE, el cobro de un pago a cuenta, cuya cuantía sólo deberá representar los costes administrativos relacionados con dicha publicación, no constituye una restricción a la libertad de establecimiento toda vez que con ello no se prohíbe ni se impide, ni tampoco se hace en modo alguno atractivo, el ejercicio de dicha libertad<sup>126</sup>.

#### 4.2.5. *Sevic*: Fusión transfronteriza

La competencia entre los distintos regímenes, provocada por las sentencias Centros, *Überseering* e *Inspire Art* se ha visto todavía más endurecida por la sentencia del TJCE del 13-12-2005 en el asunto *Sevic*<sup>127</sup> en relación con una fusión transfronteriza.

Con referencia al § 1 de la Ley alemana de Transformación que entonces sólo permitía la fusión entre sociedades nacionales, el TJCE decidió que los Arts. 43 del Tratado CE y 48 CE prohíben con carácter general el que un Estado miembro se oponga a la inscripción de una fusión, que implique la disolución sin liquidación de una sociedad con otra sociedad, en el Registro Mercantil nacional,

117 TJCE, Sentencia del 5-11-2002, Asunto C-208/00 (*Überseering*), Recop. 2002, I-9919.

118 TJCE, Sentencia del 30-9-2003, Asunto C-167/01 (*Inspire Art*), Recop. 2003, I-10155.

119 Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo de 21-12-1989 relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado, DO. L 395, 36.

120 TJCE, Sentencia del 30-9-2003, Asunto C-167/01 (*Inspire Art*), loc. cit., núm. 69 ss.

121 TJCE, Sentencia del 1-6-2006, Asunto C-453/04 (*innoventif Limited*), Recop. 2006, I-4929.

122 La práctica seguida por los tribunales a este respecto no era uniforme. Así, por ejemplo, la Audiencia de Francfort (OLG Frankfurt/Main), en su resolución del 29-12-2005, 20 W 315/05 (DB 2006, 269) y la Audiencia de Hamm, en su resolución del 28-6-2005, 15 W 159/05 (GmbHR. 2005, 1130), en cada caso invocando una interpretación requerida y que sea conforme con la Directiva, consideran que es suficiente la publicación tan solo del objeto de la sucursal.

123 TJCE, Sentencia del 1-6-2006, Asunto C-453/04 (*innoventif Limited*), loc. cit., núm. 34.

124 TJCE, Sentencia del 1-6-2006, Asunto C-453/04 (*innoventif Limited*), loc. cit., núm. 35.

125 Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo de 9-3-1968 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros para las sociedades, para proteger los intereses de los socios y de terceros, DO. L 65, 8.

126 TJCE, Sentencia del 10-6-2006, Asunto C-453/04 (*innoventif Limited*), loc. cit., núm. 38.

127 TJCE, Sentencia del 13-12-2005, Asunto C-411/03 (*Sevic*), Recop. 2005, I-10805.

si una de las dos sociedades tiene su sede en otro Estado miembro si bien dicha posibilidad de inscripción se considera aceptada cuando las dos sociedades intervinientes en la fusión tienen su domicilio en el mismo país.

De acuerdo con el TJCE quedan dentro del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento todas las medidas que hagan posible o incluso que simplemente faciliten el acceso a otro Estado miembro, distinto al Estado miembro donde tenga su domicilio y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado, que permitan la participación real de los participantes económicos afectados en la vida económica del Estado miembro últimamente citado en las mismas condiciones que rigen para los participantes económicos nacionales. Las fusiones transfronterizas se corresponden, en opinión del TJCE, como cualesquiera otras transformaciones societarias, con las necesidades de colaboración y de reconversión de sociedades que tienen su sede en distintos Estados miembros. Éstas constituyen unas modalidades especiales, importantes para el perfecto funcionamiento del mercado interior, del ejercicio de la libertad de establecimiento y se incluyen por lo tanto entre las actividades económicas en relación con las cuales los Estados miembros tienen que prestar especial atención a la libertad de establecimiento, de conformidad con el Artículo 43 del Tratado CE<sup>128</sup>. La armonización de las reglas para la transformación transfronteriza de sociedades, como ocurre en el entretanto en el caso de fusión de sociedades de capital mediante la Directiva relativa a las fusiones transfronterizas<sup>129</sup> no supone, en opinión del TJCE, ninguna condición previa para el ejercicio de la libertad de establecimiento<sup>130</sup>. Por último, también por principio y para justificar las restricciones a la libertad de establecimiento se pueden invocar motivos relacionados con el interés general como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores; pero la exclusión, con carácter general, de una fusión, en opinión del TJCE, se considera en todo caso desproporcionada<sup>131</sup>.

En el entretanto, la Ley alemana de Transformación de Sociedades (umwG) ha sido modificada en consecuencia por incorporación de los nuevos artículos §§ 122a ss. UmwG<sup>132</sup>.

#### 4.2.6. *Cartesio*: Inscripción del traslado del domicilio en el registro del Estado donde esté constituida

En el caso *Cartesio*<sup>133</sup> el TJE, en su sentencia del 16.12.2008 confirmó, haciendo referencia expresa a la decisión *Daily Mail*<sup>134</sup>, que los artículos 43 y 48 del Tratado de la UE, en el estado actual del derecho comunitario, no están en contra de las normas jurídicas nacionales de un Estado miembro que no permitan que una sociedad constituida de acuerdo con el derecho nacional de ese Estado miembro traslade su domicilio social a otro Estado miembro, conservando al mismo tiempo su carácter de sociedad sujeta al derecho nacional de dicho Estado miembro de acuerdo con cuya ley fue constituida y por tanto que la **ley de sociedades nacional no tiene por qué autorizar una forma jurídica que permita el traslado del domicilio**.

Al no ofrecer el derecho comunitario una definición uniforme en cuanto a las sociedades que pueden beneficiarse de la libertad de establecimiento y al no ofrecer un punto de conexión uniforme que permita determinar cuál es el derecho aplicable a una sociedad, se plantea la pregunta de si el artículo 43 del Tratado de la UE es aplicable a una sociedad que se apoya en la libertad de establecimiento allí establecida

como también, por lo demás, la pregunta de si una persona física es ciudadano de un Estado miembro y por este motivo puede remitirse a esta libertad y por lo tanto, de conformidad con el artículo 48 de la UE plantea una **cuestión previa** a la que, en el estado actual del derecho comunitario, **sólo puede contestarse de acuerdo con el derecho nacional vigente**.

Sólo si el estudio permite determinar que esta sociedad, en consideración a los requisitos citados en el artículo 48 de la UE, puede acogerse realmente a la libertad de establecimiento, se plantea la cuestión de si dicha sociedad tiene de algún modo restringida esta libertad en el sentido del artículo 43 de la UE. El Estado miembro puede determinar tanto el punto de conexión que una sociedad debe presentar para ser considerada como una sociedad constituida de acuerdo con el propio derecho nacional y por tanto pueda acogerse al beneficio de la libertad de establecimiento, como también el punto de conexión requerido para poder mantener esta característica.

El caso del traslado de la sede social de una sociedad constituida según la ley de un Estado miembro, a otro Estado miembro, sin modificar la ley aplicable a la misma es distinto, en opinión del tribunal, del caso de una sociedad establecida en un Estado miembro que traslada su domicilio a otro Estado miembro, **modificando la ley nacional aplicable** y que por tanto se **transforma en una forma societaria** sujeta al derecho nacional del segundo Estado miembro.

Pues este segundo caso, la facultad reconocida a los Estados miembros – que en ningún caso implica algún tipo de inmunidad del derecho nacional en los procesos de constitución y disolución de sociedades en relación con las disposiciones del Tratado de la UE sobre libertad de establecimiento – no justifica, en particular, que el Estado miembro donde esté constituida exija la disolución y liquidación de la sociedad impidiendo por tanto que ésta pueda transformarse en una sociedad sujeta al derecho nacional de ese otro Estado miembro, siempre que ello sea posible de acuerdo con la legislación de este último.

El caso *SEVIC* hacía referencia, según el TJE, en el **límite con el caso Cartesio**, al reconocimiento – en el Estado miembro de constitución de una sociedad – del establecimiento de esa sociedad en otro Estado miembro por la vía de una fusión transfronteriza, un caso concreto, que se diferencia básicamente del conocido caso *Daily Mail*. De este modo el asunto planteado en el **caso SEVIC tiene su parecido** con otros casos en los que ya ha dictado sentencia el tribu-

128 TJCE, Sentencia del 13-12-2005, Asunto C-411/03 (*Sevic*), loc. cit., núm. 18 f.

129 Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26-10-2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital de diferentes Estados miembros, DOCE L 320, 1.

130 TJCE, Sentencia del 13-12-2005, Asunto C-411/03 (*Sevic*), loc. cit., núm. 26

131 TJCE, Sentencia del 13-12-2005, Asunto C-411/03 (*Sevic*), loc. cit., núm. 30.

132 Art. 1 núm. 17 “*Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes*” (Segunda Ley que modifica la Ley de Transformación de Sociedades), Bol. Of. Alemán, 2007 I, 542.

133 TJE, sentencia del 16.12.2008, caso C-210/06 (*Cartesio*), todavía no publicada en el compendio oficial.

134 TJE, Sentencia del 27.9.1988, Asunto 81/87 (*Daily Mail*), Recop. 1988 I, 5483.

nal<sup>135</sup>. En estos casos no se plantea sin embargo la cuestión previa de si la sociedad en cuestión debe considerarse como una sociedad que tiene la nacionalidad del Estado miembro, según cuya ley fue constituida, sino más bien de si existen o no restricciones para que esta sociedad, que inequívocamente es una sociedad sujeta al derecho nacional de un Estado miembro, en el ejercicio de su derecho de establecimiento pueda establecerse en otro Estado miembro.

#### 4.2.7. Impuestos en el caso de una fusión transfronteriza

De acuerdo con la **Directiva relativa a las fusiones**<sup>136</sup> que en principio tendría que haber sido transpuesta como muy tarde hasta el 1-1-1992, los Estados miembros deben hacer posible una **fusión transfronteriza, con fiscalidad neutral**, de tal manera que las reservas ocultas de la entidad jurídica nacional absorbida continúen estando sujetas a una posterior tributación en el país, por ejemplo, si tales reservas ocultas, también tras la fusión, pueden estar asignadas a un centro de trabajo en el país.

El **TJCE** no se ha manifestado todavía de manera unívoca sobre las cuestiones fiscales que plantea el traslado del domicilio social y la transformación de una sociedad, más allá de las fronteras nacionales.

- En la resolución **Daily Mail** del año 1988 el TJCE todavía mantenía como admisible el que un Estado miembro exigiera la obtención de una autorización previa para el traslado al extranjero del domicilio social de sociedades establecidas en el país, para de este modo asegurarse que tributarán las reservas ocultas.<sup>137</sup>
- En Marzo de 2004, por el contrario, en el asunto **Hughes de Lasteyrie du Saillant**<sup>138</sup> el TJCE consideró inadmisibles una regulación francesa que contemplaba, en caso de traslado del domicilio fiscal de una persona física al extranjero, la tributación de las plusvalías no realizadas de los valores de su propiedad. El TJCE estableció en su sentencia del año 2004 que la regulación discutible conduce a una restricción de la libertad de establecimiento al producir un efecto intimidatorio en el contribuyente que hubiera pensado en trasladar su domicilio a otro Estado miembro<sup>139</sup>. Ni el tratar de evitar la evasión de impuestos, ni la pérdida de ingresos tributarios, ni la coherencia del sistema fiscal constituyen, en opinión del TJCE, motivos imperativos del bien común, que puedan justificar esta restricción. Salta a la vista el paralelismo con la “Liquidación de impuestos final” en el caso de sociedades que trasladen su domicilio social al extranjero.
- En el asunto **Marks & Spencer**<sup>140</sup> el TJCE apreció que es inadmisibles pretender establecer una diferencia entre los casos de traslado dentro del país y al extranjero.

**Alemania** ha transpuesto al ordenamiento jurídico nacional la Directiva relativa a las fusiones en primer lugar

mediante la “Ley sobre medidas de acompañamiento fiscal en relación con la introducción de la Sociedad europea y por la que se modifican otras normas fiscales” (SEStG) de 7-12-2006<sup>141</sup>. Para evitar un tratamiento desigual, que sería inaceptable, en los procesos de transformación transfronterizos se ha **invertido toda la sistemática de la ley**:

Mientras que de conformidad con la normativa anterior, en el supuesto de una transformación, fusión, etc. las reservas ocultas básicamente se mantenían sin cambios – es decir, la transformación no conducía a aflorar a nivel tributario la diferencia entre el valor de mercado y la imputación fiscal, ahora en cambio, de acuerdo con la nueva normativa, básicamente en los casos de transformación se tienen que aflorar las reservas ocultas. Es posible mantener el valor contable, si así se solicita, si las reservas ocultas están materializadas dentro de la propia actividad y continúan estando sometidas a tributación en Alemania (§§ 3, 11, 12 de la UmwStG). También un traslado del domicilio social manteniendo la identidad, dentro de la UE, implicará el tener que aflorar las reservas (§ 4 de la EStG, § 12 de la KStG). En estos casos, a nivel nacional y por lo que respecta al resultado, no cambia prácticamente nada, mientras que en el caso de traslado del domicilio social o de una fusión en el extranjero está asegurado que las reservas ocultas tributen en Alemania. Significa esto que el legislador alemán no ha creado una especie de excepción para las transformaciones cuando participan sociedades extranjeras sino que lo ha elevado al rango de principio general y, al contrario, ha establecido una excepción para los supuestos a nivel nacional.

Asimismo se ha suprimido el traspaso de las pérdidas fiscales, que hasta ahora se aceptaba en los casos nacionales. Detrás se ocultaba el temor de tener que reconocer, de acuerdo con la sentencia **Marks & Spencer** del TJCE, otras pérdidas en el extranjero, en el supuesto de una fusión interna.

Para la praxis notarial habrá por tanto que determinar si las transformaciones transfronterizas empezarán a producirse en gran número una vez aclaradas las cuestiones fiscales.

135 Ver sentencia del 9.3.1999, caso C-212/97 (*Centros*), Recop. 1999, I-1459; sentencia del 30-9-2003, caso C-167/01 (*Inspire Art*), Recop. 2003, I-10155.

136 Directiva 90/434/CEE del Parlamento de 27-07-1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre Sociedades de diferentes Estados miembros, DOCE L 225,1.

137 TJCE, Sentencia del 27.9.1988, Asunto 81/87 (*Daily Mail*), Recop. 1988 I, 5483.

138 TJCE, Sentencia del 11.3.2004, Asunto C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), Recop. 2004, I-2409.

139 TJCE, Sentencia del 11.3.2004, Asunto C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), loc. cit., Núm. 45.

140 TJCE, Sentencia del 13.12.2005, Asunto C-446/03 (*Marks & Spencer*), Recop. 2005, I-10837.

141 “Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften” (SEStEG) (Ley sobre medidas de acompañamiento fiscal en relación con la introducción de la Sociedad europea y por la que se modifican otras normas fiscales) del 7-12-2006, Bol. Of. Alemán 2006 I, pág. 2782, en vigor desde el 13-12-2006.