



REVISTA
JURIDICA
— DEL —
NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 1992

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044
Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

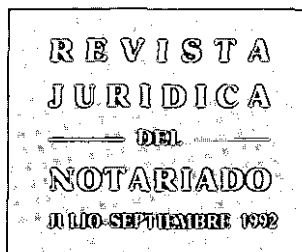
CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luís Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

9

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: "La liberalización del control de cambios, y las inversiones extranjeras en España"

163

MENDEZ APENELA, Eduardo: "La venta de cosa común por el comunero aislado" (y II)

207

PAZ-ARES, Cándido: "Aproximación al estudio de los dividendos en especie"

Estudios

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIONES COMENTADAS

231

— "La conversión en capital de la prima de emisión" (Res. 27 marzo 1991).

243

— "La capacidad de la sociedad; el objeto social y las facultades de los administradores" (Res. 22 julio y 10 septiembre 1991).

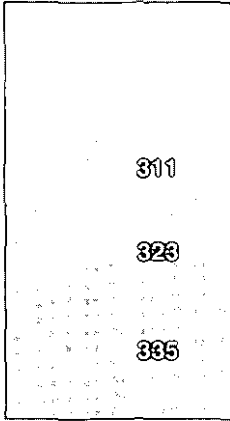
273

— "La financiación de la crisis y la jurisprudencia registral" (Res. 26 noviembre 1990 y 3 octubre 1991).

RESOLUCIONES DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL

301

— Reseña de las correspondientes al primer semestre de 1992.



Actualidad jurídica

A) *Informes y comunicaciones*

- “Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, derogadora de la Compilación vigente”. (Nota de la Comisión de Información del Colegio Notarial de Bilbao).
- XX Congreso Internacional del Notariado Latino. Cartagena de Indias (Colombia). Conclusiones.

B) *Notas bibliográficas*

- PERA VERDAGUER, Francisco: “Expropiación forzosa”, Cuarta edición, Barcelona, Bosch, 1992, 886 págs.

LA LIBERALIZACION DEL CONTROL DE CAMBIOS, Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

Notario

9

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ACTOS O NEGOCIOS SUJETOS A AUTORIZACIÓN U OTRA FORMA DE LIMITACIÓN O EXIGENCIA DE REQUISITOS. **1.** Exigencia de previa autorización administrativa. **A)** *En el control de cambios. Exportación de moneda. Otras autorizaciones a consecuencia de la Guerra del Golfo y de la Guerra de los Balcanes.* **B)** *En las inversiones extranjeras. a)* *Inversiones que puedan tener consecuencias perjudiciales para los intereses del Estado español.* *b)* *Inversiones extranjeras en sectores específicos.* *c)* *Inversiones efectuadas por Gobiernos o entes públicos extranjeros.* *d)* *Otras formas de inversión.* *e)* *Según el medio de pago.* **C)** *Para adquisición de inmuebles en zonas estratégicas (Zonas de Acceso Restringido a la propiedad por extranjeros).* **D)** *Para adquisición de inmuebles en Zonas de Interés para la Defensa Nacional.*

2. Exigencia de declaración previa o posterior. **A)** *En el control de cambios.* **a)** *Declaración previa. Exportación de moneda. Importación de moneda. Pagos y cobros a través de entidades registradas.* **b)** *Declaración posterior. Apertura de cuentas en el extranjero. Cancelación de dichas cuentas. Modificación de sus características. Movimientos en sus saldos. Cobros y pagos entre residentes y no residentes.* **c)** *Otras declaraciones exigidas. Financiaciones y aplazamientos por operaciones comerciales. Compensaciones por operaciones comerciales. Compensaciones por operaciones de intermediación en mercados financieros. Préstamos financieros.* **d)** *Deberes de información.* **B)** *En las inversiones extranjeras.* **a)** *Declaración previa.* **b)** *Declaración a posteriori. Quiénes están obligados a declarar.* **c)** *Deberes de información.* **3.** Verificación administrativa. **A)** *En el control de cambios.* **B)** *En las inversiones extranjeras.* **a)** *Inversiones directas.* **b)** *Inversiones en entidades distintas a sociedades y sucursales.* **c)** *Adquisiciones de bienes inmuebles por personas jurídicas extranjeras.* **d)** *Adquisiciones de bienes por personas físicas extranjeras no residentes.* **e)** *Transmisiones intervivos a título gratuito. La solicitud de verificación.* **III.** NOCIÓN DE RESIDENTE Y DE NO RESIDENTE. SU JUSTIFICACIÓN. Español no residente. Extranjero no residente. **IV.** TRANSMISIONES ENTRE NO RESIDENTES CON PAGO EN EL EXTRANJERO. **V.** MEDIOS DE PAGO DE UNA INVERSIÓN. JUSTIFICACIÓN DEL MEDIO DE PAGO. **VI.** ESPECIALIDADES DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN SECTORES DE REGULACIÓN ESPECÍFICA (O SECTORES ESPECÍFICOS). **VII.** ESPECIALIDADES POR RAZÓN DEL SUJETO. SUJETO INVERSOR EXTRANJERO. SOCIEDADES ESPAÑOLAS CON PARTICIPACIÓN EXTRANJERA EN SU CAPITAL. SUCURSALES. ENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS. **VIII.** FORMALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN.

I. Introducción

La firma del Tratado de adhesión de España (y Portugal) a las Comunidades europeas, llevada a cabo el 12 de junio de 1985, con entrada en vigor el 1 de enero de 1986 llevó consigo la necesidad de adaptación de nuestras normas a las del ordenamiento jurídico comunitario en múltiples campos entre ellos el del control de cambios y el de esa parte del control de cambios que constituye la regulación de las inversiones extranjeras. La adaptación en este último punto cuenta como textos más importantes los ya citados de la LIE de 27 de junio de 1986, y del RIE de 25 de septiembre de 1986.

A partir de entonces se ha ido avanzando en el camino de la liberalización de los movimientos de capitales, que habría de culminar, al menos en el ámbito interno de la CEE, y según las previsiones del Acta Unica Europea, el 31 de diciembre de 1992, toda vez que ese mercado único interior, ese espacio interior comunitario sin fronteras, ha de empezar a regir el día 1 de enero de 1993.

11

Pero el Gobierno español no ha esperado a tal fecha, y ha decidido la liberalización de las transacciones económicas con el exterior, y no sólo en relación con los Países miembros de la CEE, sino en relación a cualquier País, sea o no comunitario.

Desde el punto de vista normativo esta liberalización podía haberse realizado: o bien derogando la Ley de Control de Cambios, Ley 40 de 10 de diciembre de 1979, o bien manteniendo ésta y liberalizando la reglamentación de control de cambios que constituye la base para la aplicación de aquélla, sin tocar para nada la Ley.

Me explicaré: la Ley de control de cambios, por sí misma, no prohíbe, ni limita, ni somete a autorización, verificación o declaración ninguno de los actos o negocios que son objeto del llamado control de cambios. Permite al Gobierno que éste prohíba, limite, someta a autorización, verificación o declaración los referidos actos o negocios. Y al tipificar el delito

monetario lo hace con remisión a la reglamentación de control de cambios.

“Cometen delito monetario —dice el art. 6.º de la Ley 40/1979, después de su modificación por Ley orgánica n.º 10 de 16 de agosto de 1983— los que *contravinieren el sistema legal de control de cambios* mediante cualquiera de los actos u omisiones siguientes, siempre que su cuantía exceda de 2.000.000 de pesetas:

A) Los que *sin haber obtenido la preceptiva autorización previa* o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito:

1.º Exportaran moneda... etc.”.

12

Es decir, los tipos penales que se recogen son tipos en blanco cuya integración hay que buscar precisamente en ese “sistema legal de control de cambios”, es decir, en la reglamentación de control de cambios. Si la reglamentación de control de cambios suprime la necesidad de autorización para realizar los actos o negocios que se contemplan en el artículo 6.º.A), o si liberaliza en general los actos que contempla, en los demás apartados de dicho artículo, no habrá posibilidad práctica de hablar de delito monetario en tanto en cuanto o en la medida en que se produzca la liberalización. Porque, según lo que antes he expuesto, esta Ley es compatible con esta liberalización. Con la ventaja para el Gobierno de poder reintroducir con mayor agilidad y garantías de cumplimiento, las restricciones que autorizan las normas comunitarias, y para adoptar las medidas de salvaguardia que en ellas se prevén (al menos en el período transitorio: véase Directiva de 24 de junio de 1988, art. 3.º Véase también art. 3 del RD 1816/1992).

Y esta liberalización de esa reglamentación de control de cambios a su vez, podía producirse o declarándola de modo expreso, o derogando las normas vigentes que sometieran a autorización determinados actos o negocios.

En el pasado año parecía que la Administración se inclinaba por la vía de la derogación de la Ley de control de cambios.

Así parecía deducirse de la publicidad que se dio a unos borradores de anteproyectos de: “Ley sobre relaciones económicas con el exterior”, de “Real Decreto sobre operaciones corrientes y movimiento físico de medios de pago con el exterior”, y de “Real Decreto de movimientos de capital con el exterior”.

Pero en definitiva se ha impuesto la línea antes indicada en primer lugar: se mantiene la Ley y se liberaliza la reglamentación de control de cambios.

A tal fin se ha dictado:

En tema de control de cambios.

1.º *El RD 1816, de 20 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior, que liberaliza éstas de doble manera:*

De un modo expreso en cuanto liberaliza con carácter general, en su artículo 1.º.1 “los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole que supongan o de cuyo cumplimiento deriven o puedan derivarse, cobros o pagos entre residentes y no residentes, o transferencias al o del exterior, a que se refieren los artículos 1 y 2 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, sin más excepciones que las que se deriven de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 3.º, 4.º y 5.º del presente Real Decreto y de lo que dispongan las Leyes específicamente aplicables”.

De un modo tácito en cuanto declara derogado el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios. En este RD 2402/1980 se contenían, en su artículo 3.º un elenco de los actos, negocios, transacciones y operaciones sometidos a autorización, y que constituirían una especie de soporte básico de la Ley de control de cambios.

Hasta la entrada en vigor del RD 1816/1991, ante un acto o negocio comprendido en el artículo 3.º del RD 2402/1980, debíamos exigir la previa autorización en él reclamada, salvo que encontráramos una norma que hubiera concedido tal auto-

rización con carácter general. De no existir ésta, había que exigir la autorización específica previa.

14

Hoy no. Derogado el RD 2402/1980, y ante un negocio concreto que se presenta a nuestra consideración, no nos hemos de preguntar si está permitido o autorizado. Nos hemos de preguntar dónde está o en qué norma está la exigencia de autorización. Porque de no existir tal norma, deberemos concluir con que el acto o negocio en cuestión se halla liberalizado. Otra cosa es que se exijan otros requisitos que por supuesto también hayan de cumplirse, como por ejemplo la declaración del mismo ante ciertas entidades. Después veremos qué actos quedan hoy sometidos a autorización, y cuáles a declaración en tema de control de cambios sin olvidar la obligada referencia a las inversiones extranjeras. Anticipo ya que, a salvo lo que diremos en materia de inversiones extranjeras, en puro tema de control de cambios y a salvo normas especiales a que me referiré, sólo hay *actualmente* un acto sujeto a autorización: la exportación de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, así como de oro amonedado o en barras, cuando su cuantía exceda de 5.000.000 de pesetas. De modo que *actualmente* y en el régimen general sólo cabe aplicar la figura del delito monetario a tal supuesto.

Así pues, bien de modo expreso, bien a través de la derogación del RD 2402/1980, es evidente la regla general de la liberalización del control de cambios.

Hay sin embargo una regla en el art. 3.º.5 del RD 1816/1991 que interesa destacar, y es la de que “Las transacciones relativas a inversiones extranjeras en España e inversiones españolas en el extranjero se regirán por sus disposiciones específicas”. Esto no se puede negar. Ahí está el precepto que bien claramente lo indica. Pero la liberalización de los cobros y pagos entre residentes y no residentes, es también clara, y, además, general. Y aun cuando la regla general puede compatibilizarse con la excepción de la regla específica, ya veremos como se entiende por la DGTE que tal liberalización de los

cobros y pagos entre residentes y no residentes, alcanza igualmente a la liberalización de los medios de pago de la inversión. Lo que no será óbice a la necesidad de su justificación en la forma que luego veremos. Por otro lado, la nueva reglamentación u ordenación de las inversiones extranjeras en España contenida en el RD 671 de 2 de julio de 1992, se armoniza con los preceptos sobre cobros y pagos contenida en el RD 1816/1991.

2.º *La Orden de 27 de diciembre de 1991* de desarrollo del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior.

3.º *La Resolución de 7 de enero de 1992* de la Dirección General de Transacciones Exteriores, por la que se dictan normas para la aplicación de los artículos 4.º, 5.º, 7.º y 10 de la Orden del Ministerio de Economía de 27 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior. Resolución ésta que ya ha sido modificada en su Instrucción 5.ª, por otra Resolución de 12 de junio de 1992.

15

4.º *La Circular del Banco de España n.º 1, de 15 de enero de 1992*, sobre residentes titulares de cuentas bancarias en el extranjero.

5.º *La Circular del Banco de España n.º 2, de 15 de enero de 1992*, sobre préstamos y créditos exteriores. El punto 2, de la norma 1.ª, ha sido modificado por otra Circular del Banco de España la n.º 11, de 26 de junio de 1992.

6.º *La Circular del Banco de España n.º 3, de 15 de enero de 1992* sobre cuentas de no residentes abiertas en España. Operaciones con billetes y efectos. Entidades registradas. También esta Circular ha sido modificada, en su norma sexta, punto 2.b); se le ha añadido un punto más a esta norma sexta, el punto 5; y se da nueva redacción a la instrucción transitoria de procedimiento (esta última inserta en las Instrucciones de procedimiento que figuran en el Anexo I de dicha Circular); todo ello a virtud de lo dispuesto en la Circular n.º 12 del Banco de España de 26 de junio de 1992.

7.º *La Circular del Banco de España n.º 15 de 22 de julio de 1992, a las entidades registradas sobre normas para la comunicación al Banco de España de las operaciones entre residentes y no residentes.*

En tema de inversiones extranjeras.

1.º *La Ley 18, de 1 de julio de 1992, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras, y que en síntesis son: la derogación de la LIE de 27 de junio de 1986, y la fijación con rango de ley de los sectores de regulación específica en materia de derecho de establecimiento.*

2.º *El Real Decreto 671, de 2 de julio de 1992, sobre inversiones extranjeras en España.*

3.º *La Resolución de 6 de julio de 1992 de la DGTE, sobre procedimiento de tramitación y registro de inversiones extranjeras en España.*

4.º *La Resolución de 21 de septiembre de 1992, de la DGTE, por la que se aprueban los modelos impresos para la tramitación de las inversiones extranjeras en España y españolas en el exterior.*

Estas son, al día en que estoy redactando estas líneas, las normas más importantes sobre reglamentación del control de cambios y sobre esa parcela especial del control de cambios que está constituida por las normas sobre inversiones extranjeras.

II. Actos o negocios sujetos a autorización, declaración u otra forma de limitación o de exigencia de requisitos

Debemos distinguir según lo contemplemos en el ámbito del puro control de cambios en general, o en el campo específico de las inversiones extranjeras en España (dejo al margen porque ahora no interesa en el presente trabajo, las inversiones españolas en el exterior).

1. Exigencia de previa autorización administrativa.

A) *En el control de cambios en general.*

a) *Regla general.*

Actualmente, con carácter general tan sólo se hallan sujetos a autorización administrativa los actos de *exportación de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, así como de oro amonedado o en barras cuando su importe sea superior a 5.000.000 de pesetas*. Tal autorización exigida por el art. 4 del RD 1816/1992, se regula en la Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992: debe obtenerse previamente de la DGTE presentando al efecto debidamente cumplimentado el impreso normalizado B2 a que se refiere la Instrucción tercera, punto 2, de la referida Resolución.

La autorización será igualmente exigible en los supuestos de *reexportación* de cualquiera de los medios de pago antes indicado, aunque los hubiese previamente importado el viajero, siempre que el importe de la reexportación supere los 5.000.000 de pesetas. Así lo ordena la Instrucción 4.^a.2, de la Resolución DGTE de 7 de enero de 1992.

b) *Reglas especiales.*

Por razones más políticas que económicas, y las más de las veces a consecuencia del cumplimiento de los deberes que España asumió con la firma del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas, se han tenido que dictar ciertas normas sometiendo a autorización determinadas operaciones o transacciones con determinados países. Así ocurrió con la llamada "guerra del Golfo". Se impusieron entonces restricciones a operaciones financieras con Kuwait (Orden de 4 de agosto de 1990), y con Iraq (Orden de 6 de agosto). Y también a operaciones comerciales con Iraq y Kuwait (Orden de 10 de agosto de 1990). Luego la historia vuelve a repetirse con motivo de la nueva "Guerra de los Balcanes", según

veremos. Pero antes conviene indicar que las restricciones con Kuwait se han levantado para las exportaciones: Resolución de 11 de marzo de 1991 (que por cierto deroga el artículo 1.º de la Orden de 10 de agosto de 1990 en cuanto se refiere a las exportaciones a Kuwait. Véase como una Resolución deroga en parte a una Orden). Y para las transacciones financieras: Orden de 11 de marzo de 1991 (que deroga la Orden de 4 de agosto de 1990, por la que se habían sometido a autorización determinadas transacciones financieras con Kuwait).

En síntesis estas normas imponen la necesidad de *previa autorización* para:

a') Las *transferencias de fondos o pagos al exterior, así como cualquier acto de disposición sobre valores, cuentas u otros activos financieros poseídos en España* que pretendan realizar las personas físicas o jurídicas *residentes en Iraq*, los establecimientos o sociedades españolas o extranjeras controladas por aquéllas, y, en general, cualesquiera personas físicas o jurídicas que actúen por cuenta de las anteriores (Orden de 6 de agosto de 1990).

La DGTE circuló a los Notarios, a través de la DGRN, en agosto de 1990, entre otros datos una lista de las sociedades y establecimientos españoles controlados por capital procedente de Iraq, advirtiéndole que la relación no es necesariamente exhaustiva, y recomendando "mantener una actitud de cautela en relación con las operaciones de transmisión de valores o inmuebles, entre residentes o no residentes, cuando el transmisor sea una empresa española o extranjera no suficientemente identificada en cuanto a la nacionalidad de su accionariado o de sus propietarios y el adquirente resida en un país que no haya puesto en práctica medidas de bloqueo". Tal lista es la siguiente:

INF	RAZON SOCIAL DE LA EMPRESA	TITULARES DE ORIGEN IRAQUI
B-78083128	"Bussines Development SL"	Ramziar Al Jawahery
B-46137253	"United Marketing Espania SL"	Khalaf Al Manshadi
A-78269677	"Difem, SA"	Hussain Naser Hussain
A-46209565	"Industries Group, SA"	Kutaiba M. Yousif

INF	RAZON SOCIAL DE LA EMPRESA	TITULARES DE ORIGEN IRAQUI
A-29161809	"Alsadik, SA"	Niazi Sadek Anwar Ibraheem S Mahdi
A-29150125	"Ninever Investment, SA"	Adel E Karkagos Harsan SH Yokhana Elias K Tomas
A-29123295	"Tal Internacional Developments, S.A."	Tarik Mohammed Al Seko Ariz J. Rifat
A-29110004	"Sitco, S.A."	Taha Abdul Latif Hamid
A-29103702	"General Services Company, S.A."	Sabah N El Mutwalli
A-29101003	"TulSaburgerz, S.A."	Sabah N El Mutwalli
A-29100997	"Regency, S.A."	Sabah N El Mutwalli
A-28903326	"Gulf International Trading Company, S.A."	Qais Kamla Ahmad
G-6121003E	"Iraqi Airways, Sucursal en España"	Iraqi Airways

Todas las restantes *sucursales y oficinas de representación* en España de Empresas de Irak.

b') Las *exportaciones a Iraq de los productos alimenticios* destinados a fines humanitarios en el marco de operaciones de ayuda de urgencia (Orden de 10 de agosto de 1990. Aunque se refiere esta Orden, conjuntamente a Iraq y a Kuwait, ya hemos explicado cómo una Resolución ha modificado esta Orden, o la ha derogado en parte). Después se ha dictado una Orden de 31 de mayo de 1991, con arreglo a la cual se refunde la anterior Orden con las modificaciones que han tenido que producirse en cumplimiento de Resoluciones de la ONU, o de Reglamentos comunitarios referentes al embargo de Iraq. Por lo que hoy el régimen de importaciones y exportaciones con Iraq es el siguiente:

En principio están prohibidas las importaciones de, y las exportaciones a, Iraq.

Pero se pueden realizar, aunque sometidas a autorización, las importaciones de mercancías originarias de Iraq, que hayan sido exportadas antes del 7 de agosto de 1990. Y las exportaciones a Iraq de productos destinados a fines médicos, o productos alimenticios notificados al Comité creado mediante la Resolución 661 (1990) del Consejo de Seguridad, o materiales o suministros para cubrir necesidades civiles esenciales,

aprobados por el Comité del Consejo de Seguridad antes mencionado (Orden 31 mayo 1991).

c') *Transferencias de fondos al exterior, así como cualquier acto de disposición sobre valores, cuentas u otros activos financieros poseídos en España* que pretendan realizar las personas físicas o jurídicas residentes en la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), por sí o a través de cualesquiera personas físicas o jurídicas que actúen por cuenta de las anteriores, los establecimientos y las sociedades españolas controladas por aquéllas. La autorización es de competencia de la DGTE (RD 5 junio 1992, art. 1.º).

Lo anterior no será de aplicación a la disposición de fondos de las cuentas abiertas en entidades registradas en España a nombre de las personas físicas o jurídicas indicadas, cuando dicha disposición tenga como estricta finalidad la realización de pagos por exportaciones españolas de productos de carácter médico, farmacéutico o alimentario. Tampoco será de aplicación a las cuentas abiertas en entidades registradas a nombre de la Embajada de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y de los diplomáticos acreditados en España y del personal extranjero que presten servicios en dicha Embajada, los cuales podrán disponer de los saldos de dichas cuentas para sus gastos de funcionamiento y estancia en nuestro país (art. 2.º).

También quedan sometidos a autorización previa de la DGTE la realización de pagos o transferencias por parte de residentes en España en favor de personas físicas o jurídicas residentes en la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), por cualquier tipo de transacción exterior.

d') La *exportación* a Serbia y Montenegro de productos para fines estrictamente médicos y de productos alimenticios notificada al Comité creado por Resolución 724 (1991) del Consejo de Seguridad, así como la exportación a estas Repúblicas (de Serbia y Montenegro) de mercancías y productos destinados a cubrir necesidades humanitarias básicas, previa aprobación por dicho Comité por el procedimiento simplificado

y acelerado de “no objeción” (Orden de 31 julio 1992 que modifica el art. 2.º a) de la Orden de 9 junio 1992). Y la *importación* de productos originarios o procedentes de las Repúblicas de Serbia y Montenegro que hayan sido exportadas antes del 31 de mayo de 1992. En estos casos se requiere previa autorización administrativa. En los demás lo que existe es una prohibición (*cfr.* art. 2.º Orden 9 junio 1992).

B) En las inversiones extranjeras.

Según decíamos antes rige en este momento la Ley 18 de 1 de julio de 1992, y el Real Decreto n.º 671 de 2 de julio de 1992, así como la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 sobre procedimiento de tramitación y Registro de inversiones extranjeras en España. Según ellos se precisa autorización:

a) En las inversiones que puedan tener consecuencias perjudiciales para los intereses del Estado español. Debo matizar el por qué de la inclusión de este supuesto en el epígrafe que estudia los casos de inversiones extranjeras sometidas a autorización.

21

El art. 24.4 del RD 671/1992, ordena que:

“Cuando la inversión proyectada *por residentes en países no comunitarios* pueda tener consecuencias perjudiciales para los intereses del Estado español, el Director General de Transacciones Exteriores queda facultado para *suspender el régimen de liberalización* previsto en el presente Real Decreto mediante notificación motivada al interesado, que podrá ser recurrida de acuerdo con la disposición adicional quinta. Efectuada la notificación al interesado, se elevará el proyecto de inversión al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

“A estos efectos se entenderá como inversión no comunitaria, la efectuada por sociedades o entidades domiciliadas en la Comunidad Económica Europea que se encuentren controladas por residentes en países no comunitarios.

“La resolución corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda si la inversión proyectada no excede de 5.000 millones de pesetas, y al Consejo de Ministros si tuviera un importe superior.”

Literalmente no dice que quedan sometidas a autorización, pero el sentido de este precepto, y de sus concordantes (arts. 20.2; 21.2.f; y art. 4, todos ellos del RD 671/1992), inclinan a pensar que así es. De todos modos no voy a detenerme en el examen de este precepto. Desde su más inmediato precedente, el art. 25.6, del RIE de 25 de septiembre de 1986, no tengo conocimiento de la existencia de un solo caso en que se haya aplicado esta norma.

22

b) En las inversiones extranjeras en sectores específicos, a que se refiere la Ley de 1 de julio de 1992, y el art. 26 del Real Decreto 671/1992 (recordando que no sólo ahora, sino que ya hace más de un año, concretamente después de la modificación del art. 20 de la derogada Ley de Inversiones Extranjeras de 27 de junio de 1986 (en lo sucesivo LIE) por la DA 9.^a de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, estas normas no son de aplicación a los *residentes* en un Estado miembro de la CEE, salvo por lo que se refiere a las actividades de producción o comercio de armas o relativas a materias de defensa nacional). La competencia para conceder la autorización es del Consejo de Ministros (*cfr.* art. 20.1.b. y art. 26 del RD 671/1992). También es necesaria dicha autorización, cuando se trate de adquisición de inversiones extranjeras en España en sectores específicos a que nos referimos en este apartado, mediante actos *intervivos* a título gratuito o por actos *mortis causa*, realizadas por residentes en países no comunitarios (*cfr.* DA 3.^a RD 671/1992), o incluso por comunitarios cuando se tratara de inversiones que tuvieran por objeto actividades de producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, o explotación de servicios finales y portadores de telecomunicación. Así resulta de la salvedad que el propio

art. 26.4 del RD 671/1992 establece para las inversiones en sectores específicos.

El procedimiento para la tramitación de los expedientes de autorización de las inversiones extranjeras se regirá por lo establecido con carácter general por la Ley de Procedimiento Administrativo, en el Real Decreto 671/1992, y en la Instrucción 6.^a de la Resolución de 6 julio 1992.

Según esta Resolución, en su Instrucción 4.^a, para la solicitud de autorización (en la Instrucción se refiere a la verificación/autorización, ya que el mismo impreso vale para las solicitudes de verificación), se utilizará el impreso normalizado MC-5, cuando se refiera a inversión extranjera en sociedades españolas, sucursales y establecimientos en España de no residentes. Y el impreso MC-6 cuando se refiera a inversión extranjera en bienes inmuebles.

Según la Instrucción 6.^a los impresos de solicitud de autorización de inversiones extranjeras sometidas a autorización constarán de tres ejemplares: para la Administración, para la diligencia de autorización, y para el interesado. La solicitud de autorización de las inversiones para las que no exista impreso normalizado, deberá efectuarse mediante escrito del interesado, al que se adjuntará copia.

Las solicitudes se presentarán ante la DGTE a través del Registro General del Ministerio de Economía y Hacienda, o de alguno de los órganos a que se refiere el art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El órgano administrativo receptor estampará en cada uno de los ejemplares su sello, fecha de recepción y número de orden, devolviendo su ejemplar al interesado, y remitiendo los demás ejemplares o el original del escrito, según los casos a la DGTE.

Presentada la solicitud en forma, la DGTE requerirá el preceptivo informe de la Junta de inversiones, que será evacuado en el plazo de 45 días desde la fecha de requerimiento.

Recibido dicho informe, la DGTE resolverá la solicitud en el plazo de 60 días hábiles a contar desde el siguiente a la presentación de la solicitud. Si la competencia para resolver

correspondiera a otro órgano superior de la Administración, el plazo será de 90 días. Transcurridos los plazos de resolución indicados anteriormente sin haber recaído resolución expresa, la autorización se entenderá denegada. La notificación de la resolución se efectuará mediante devolución al interesado del ejemplar correspondiente del impreso debidamente diligenciado, o mediante oficio según corresponda.

Los plazos indicados son los mismos establecidos por el RD 671/1992. Lo que hace la Resolución es precisar que el plazo de 60 días que tiene la DGTE para resolver la solicitud, es de 60 días hábiles.

Una vez concedida la autorización, la inversión deberá realizarse en el plazo que específicamente hubiera señalado la autorización o, en su defecto, en el plazo de seis meses. Transcurrido el plazo sin haberse realizado la inversión, se entenderá caducada la autorización, salvo que se obtenga prórroga. Así lo dispone el art. 24.5 del RD 671/1992, y la Instrucción 6.^a.7, de la Resolución de 6 de julio de 1992.

c) En las inversiones que pretendan realizar los Gobiernos o entes públicos extranjeros, o entidades asimiladas a ellos, a que se refiere la DA 1.^a del RD 671/1992 (recordando igualmente que lo dispuesto en las DDAA 1.^a y 2.^a, no serán de aplicación a los Gobiernos y Entidades Oficiales de soberanía de Estados miembros de la CEE, según ya dispuso la DA 9.^a de la Ley 31/1990, y hoy la propia DA 1.^a.2, del RD 671/1992. En tales casos su régimen será el propio de una persona jurídica privada extranjera comunitaria). La competencia para conceder la autorización es del Consejo de Ministros (DA 1.^a.3, y art. 20.1.a, del RD 671/1992). También cuando se trate de adquisiciones intervivos a título gratuito o de adquisiciones mortis causa de inversiones en España, por los referidos entes públicos (salvo los comunitarios) (*cfr.* DA 3.^a del RD 671/1992).

El procedimiento para la obtención de la autorización es el mismo ya indicado para el apartado a) anterior, es decir, el mismo que el visto para las inversiones en sectores específicos.

d) En cambio ha desaparecido la exigencia de autorización que antes imponía el Reglamento de inversiones extranjeras de 25 de septiembre de 1986, hoy derogado (en lo sucesivo RIE), en su art. 15, para aquellas *otras formas de inversión* a que en el mismo se aludía, y que, como veremos más adelante, son ahora libres con sujeción a trámite de verificación en algunos supuestos.

e) También ha desaparecido actualmente la autorización prevista en los artículos 2.º.1.d), de la LIE, y 2.º.1.d), y 2.º.2, y 18 del RIE, ambos derogados. Recordemos que en estos preceptos se enumeraban los medios de pago autorizados con carácter general, o, dicho de otro modo, cuyo empleo no precisa autorización. La cuestión tenía importancia por cuanto que el artículo 3.º del RIE, condicionaba la liberalización de las inversiones regulada en los diversos capítulos del mismo, al cumplimiento de lo dispuesto en cuanto a los medios de pago de la inversión en el artículo 2.º Pero además, el art. 18 sobre justificación de medio de pago, exigía que para poder otorgar el documento público de formalización de la inversión se justificase que la prestación del inversor extranjero revestía una de las formas de pago autorizadas en el art. 2.º, o que tenía la correspondiente autorización, si fuere de otra naturaleza.

Aquí la DGTE ya se anticipó diciendo que no es precisa autorización, a partir de la liberalización de los cobros y pagos entre residentes y no residentes proclamada por el RD 1816/1991 (*cfr.* punto 8 de la Carta Circular de la DGTE n.º 1 de 29 de enero de 1992 —y después punto 8 de la Carta Circular de la DGTE n.º 4 de 22 de junio de 1992 que sustituye a la anterior— en relación con la normativa sobre transacciones económicas con el exterior vigente desde el 1 de febrero de 1992). Y actualmente, con el RD 671/1992, tampoco hay dudas sobre el particular. Volveremos al hablar de los medios de pago y de su justificación.

C) *Para las adquisiciones de inmuebles en zonas estratégicas.*

26

Con arreglo al art. 19 de la Ley 8 de 12 de marzo de 1975 de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y Disposición Adicional de dicha Ley, ambos redactados por el art. 106 de la Ley 31 de 27 de diciembre de 1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, para la adquisición de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas, así como la construcción de obras o edificaciones y adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejercitadas, siempre que los adquirentes, dueños de las fincas o peticionarios (en suma, los inversores), sean extranjeros, personas físicas o jurídicas, que no ostenten la *nacionalidad* de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, precisarán autorización militar previa, si la finca se halla situada en áreas no exceptuadas de zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros. Tratándose de personas jurídicas de nacionalidad de un País miembro de la CEE, tendrán en este aspecto el mismo régimen que el de las personas jurídicas de nacionalidad española.

Para el régimen general de tramitación de autorizaciones, véase el capítulo III, Título II, del Reglamento de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, de 10 de febrero de 1978, que desarrolla la Ley 8/1975.

No debe olvidarse que en Ceuta y Melilla, las limitaciones son aplicables a extranjeros, sean o no comunitarios, y a españoles. En estos casos la autorización es de competencia del Consejo de Ministros, que la ha desconcentrado en los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final 1.^a del Reglamento de 10 de febrero de 1978.

Estas limitaciones en las zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros llamadas también zonas estratégicas, no se imponen por razones de control de cambios o de inversiones extranjeras, sino por zonas de interés para la Defensa

nacional. Me ha parecido de interés incluirlas en esta parte de mi estudio, aunque en epígrafe diferenciado del de control de cambios y de las inversiones extranjeras.

Se rigen por la ya citada Ley 8 de 12 de marzo de 1975, Reglamento para su ejecución de 10 de febrero de 1978, y Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983.

D) *Para las adquisiciones de inmuebles en Zonas de Interés para la Defensa Nacional.*

Hasta ahora la única Zona de Interés para la Defensa Nacional que se ha creado o establecido, es la conocida por “Polígono de Anchuras”, declarada como tal por RD 811 de 20 de julio de 1988. La particularidad de su régimen es que se exige autorización militar tanto para extranjeros sean o no comunitarios, como para españoles.

27

2. Exigencia de declaración, previa o posterior.

A) *En el control de cambios en general.*

Se puede decir que es la regla general, la de la declaración del acto o negocio ante determinado órgano administrativo, a cuya exigencia de declaración, prácticamente sólo escapan determinados actos o negocios de escasa cuantía. Ahora bien, esta declaración puede ser previa o posterior.

a) *Declaración previa.*

Se hallan sujetos a declaración previa, los siguientes actos o negocios:

— La exportación de moneda metálica, billetes de banco, cheques bancarios al portador, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, así como de oro amonedado o en barras, cuando su importe sea superior a 1.000.000 de pesetas y no

sobrepase los 5.000.000 de pesetas (art. 4.º.1. RD 1816/1991). Se utilizará ejemplar modelo B1 que se diligenciará o en una entidad registrada, o en el Banco de España, o en la propia oficina de salida de la Aduana (véase Res. DGTE, de 7 de enero de 1992, Instrucción tercera).

— La importación de moneda metálica, billetes de banco, cheques bancarios al portador, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, así como de oro amonedado o en barras, cuando su importe sea superior a 1.000.000 de pesetas (art. 4.º.2, RD 1816/1991). Se utilizará ejemplar modelo B1, que se facilitará y diligenciará en la propia oficina de entrada de la Aduana (véase Resolución DGTE de 7 de enero de 1992, Instrucción 2.ª).

28

— La ejecución de pagos o transferencias al exterior por las entidades registradas (art. 5.º.2, RD 1816/1991). Se cumplimentará la declaración sobre el impreso que al efecto facilita la propia entidad registrada, que ha de estar redactado según lo dispuesto por la DGTE, en su Resolución de 7 de enero de 1992 (Instrucción 5.ª.1). No obstante la propia DGTE, en la Instrucción 5.ª.1 (después de su reforma por Resolución de 12 de junio de 1992), excepciona de este carácter previo de la declaración el supuesto en el que el pago se realice mediante cheque (en su redacción originaria se exigía que fuese nominativo, lo que hoy no es preciso, y puede ser al portador) contra cuenta del residente pagador que un no residente presente al cobro, en cuyo caso dicha declaración escrita podrá realizarse con posterioridad al adeudo en la citada cuenta en el plazo de quince días naturales desde su ejecución. A tal efecto la entidad registrada comunicará inmediatamente dicha ejecución al interesado para que éste cumplimente la declaración oportuna en el plazo indicado. Transcurrido este plazo sin que el interesado haya formulado la declaración, la entidad registrada pondrá en conocimiento del residente pagador, que procederá a comunicar esta omisión a la DGTE, a los efectos que proceda, en el período máximo de quince días naturales, contados a partir

de la expiración del plazo anterior, comunicación que efectuará transcurrido el citado período sin respuesta. Y aun la exigencia de declaración se ha suprimido en la reforma de esta Instrucción antes citada, en los casos en que la cuantía del pago (o cobro) o transferencia no sea superior a 500.000 pesetas, siempre que no constituyan pagos fraccionados (Instrucción 5.^a.5).

b) Declaración posterior.

Se hallan sujetos a declaración a posteriori los siguientes actos o negocios jurídicos:

— La apertura por residentes de cuentas denominadas en pesetas o en divisas en oficinas operantes en el extranjero de entidades registradas, o de entidades bancarias o de crédito extranjeras. Declaración que deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a la apertura (*cfr.* arts. 6.^o.2, del RD 1816/1991, y 6.^o.2 de la Orden de 27 de diciembre de 1991. En la Circular 1/1992 del Banco de España, la norma 2.^a.1, fija el plazo de un mes). Se cumplimentará el impreso modelo DD1, en la forma que se prevé en la norma 2.^a.1, de la Circular del Banco de España n.^o 1, de 15 de enero de 1992 sobre residentes titulares de cuentas bancarias en el extranjero, y se dirigirá a la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España.

— La cancelación de estas cuentas, en la misma forma que hemos indicado para el supuesto anterior (*cfr.* Circular del BE, n.^o 1, norma 2.^a.3).

— Las modificaciones en las características de estas cuentas y especialmente las que afectasen a sus titulares, en la misma forma indicada para los dos supuestos anteriores (*cfr.* Circular del Banco de España n.^o 1/1992, norma 2.^a.4).

— Los movimientos al crédito y al débito de las cuentas a que se refiere el apartado anterior. Los residentes titulares deberán remitir información periódica sobre estos movimientos en la forma que el Banco de España determine (*cfr.* arts. 6.^o.3, RD 1816/1991 y 6.^o.3). El Banco de España regula el envío

de esta información en la Circular n.º 1/1992, norma 3.ª y siguientes. Se cumplimentarán al efecto los impresos DD2 y DD2 bis, anejos a la referida Circular, con carácter periódico, dentro de los 20 días siguientes a cada mes natural, dirigiendo la declaración a la Oficina de Balanza de Pagos del Banco de España. Transitoriamente, durante el año 1992, la declaración será trimestral, dentro de los veinte días siguientes a cada trimestre natural. Pero cuando ni la suma de abonos ni la de adeudos en un trimestre alcancen el importe de 15.000.000 de pesetas, no vendrá obligado el titular residente a la declaración trimestral. Ahora bien, si en un trimestre se alcanzara dicha suma, vendrá obligado a declarar acompañando a la declaración las de las operaciones no informadas del trimestre o trimestres anteriores. En todo caso, los titulares de cuentas exentos del deber de informar según lo expuesto, deberán hacer una declaración en el cuarto trimestre de 1992 que contenga los saldos inicial y final, la suma total de las operaciones de abono y la suma total de las de adeudo del período exento correspondiente.

— Los cobros o transferencias del exterior, a través de entidades registradas. El residente destinatario de los mismos deberá declarar a la entidad registrada los datos que puntualiza la Instrucción 5.ª.4 de la Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992, modificada por Resolución de 12 de junio de 1992, deber de declaración que no existirá cuando el cobro o transferencia no sea superior a 500.000 pesetas, siempre que no constituyan pagos fraccionados (Instrucción 5.ª.5). No se dice si la declaración debe ser previa o si puede ser posterior. De la lectura del art. 5.º.2, de la Orden de 27 de diciembre de 1991, que sólo exige la declaración previa en el supuesto de los pagos o transferencias al exterior, y de la propia Resolución de 7 de enero de 1992, que sigue igual criterio en su Instrucción 5.ª, parece que la declaración sobre cobros o transferencias del exterior podrá producirse con posterioridad.

— Los cobros y pagos entre residentes y no residentes en moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al

portador, estén cifrados en pesetas o en divisas, cuando excedan de 1.000.000 de pesetas. Deberán ser declarados por el residente dentro de los treinta días siguientes a su realización, a través de una entidad registrada (*cfr.* arts. 7.º.1 RD 1816/1991 y 7.º.2 Orden de 27 de diciembre de 1991). A tal fin se cumplimentará el impreso modelo B3 a que se refieren las Instrucciones 6.ª y 7.ª de la Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992.

c) *Otras declaraciones exigidas.*

La Orden de 27 de diciembre de 1991, dispone que los residentes que lleven a cabo las operaciones que a continuación se indican estarán sometidos a la obligación de declaración ante el Banco de España, en la forma, periodicidad y por el importe que éste determine. Tales operaciones son las siguientes, que se detallan en el art. 8.º, apartados 1 y 2 de dicha orden:

— La financiación y aplazamiento de cobros y pagos superiores a un año, derivados de operaciones comerciales o de prestación de servicios.

— Las compensaciones de créditos y débitos que se efectúen entre residentes y no residentes por operaciones comerciales o de prestación de servicios.

— Las compensaciones de créditos y débitos derivados de operaciones de intermediación en mercados financieros, efectuadas por las entidades que realicen dichas operaciones. Y

— Los préstamos financieros recibidos de no residentes u otorgados a no residentes.

La Circular del BE n.º 2, de 15 de enero de 1992, sobre préstamos y créditos exteriores, distingue los *préstamos financieros* (norma 1.ª) y los *créditos comerciales* (norma 2.ª), y regula la obligación de declararlos al Banco de España. Y en la norma 1.ª.2 asimila a los préstamos financieros a estos efectos las operaciones de financiación que se materialicen mediante la *adquisición, por no residentes, de títulos emitidos*

por residentes (pagarés, bonos, etc.) que no estén negociados en Bolsa o mercados organizados.

E igualmente, y a virtud de la modificación introducida por la Circular n.º 11 de 26 de junio de 1992, en la norma 1.ª.2 las *emisiones o colocaciones en mercados extranjeros de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por personas o entidades públicas o privadas residentes, ya sean de rendimiento implícito o explícito*, e instrumentos financieros emitidos por residentes tanto en régimen de oferta pública como de colocación privada.

32

Para los préstamos financieros, exige la cumplimentación del impreso de “declaración de préstamos y créditos exteriores” que figura anejo a la Circular (Modelo PE-1 para préstamos superiores a 250 millones de pesetas o que procedan de paraísos fiscales. Modelo PE-2 para los inferiores a 250.000.000 de pesetas). El Banco de España asigna un NOF a cada declaración, sin cuyo NOF la entidad registrada no podrá realizar operación alguna de abono o adeudo derivados de la disposición, amortización o pago de intereses. Dado el carácter real del préstamo (cuando se trate de préstamo y no de crédito), es obvio que la declaración para la obtención del NOF deberá ser previa. O dicho de otra manera para no ligarnos a prejuicios dogmáticos, si se quiere que el prestatario pueda ya disponer de la cantidad prestada a partir de la formalización del préstamo, será precisa la previa declaración. Aunque cabe subordinar la entrega de la cantidad prestada y disposición de la misma, a la previa declaración y obtención del NOF.

Ahora bien, la citada Circular permite que sea la propia entidad registrada la que pueda asignar el NOF cuando el importe del préstamo exterior no exceda de 250.000.000 de pesetas, siempre que el prestamista no sea persona física o jurídica residente en alguno de los territorios o países a los que se atribuye el carácter de paraísos fiscales en el RD 1080/1991, de 5 de julio.

Conviene advertir que en el concepto de préstamos y créditos exteriores, entran los concedidos a residentes por las

entidades registradas. La norma transitoria 1, de esta Circular del BE, n.º 2/1992, dispone que “durante 1992, se declararán, en los términos previstos en la norma 1.ª de la presente Circular, los préstamos y financiaciones en divisas obtenidos por residentes de las Entidades registradas”.

Para los créditos comerciales, o, para ajustarnos a la terminología de la Circular, diremos que las personas físicas o jurídicas residentes que obtengan facilidades crediticias del suministrador o de tercero financiador no residente, por plazo superior a un año, en sus operaciones de importación de bienes y servicios, quedan obligadas a declararlas al Banco de España en el plazo de un mes contado desde la fecha de obtención de la facilidad crediticia. En todas las comunicaciones relativas a cobros y pagos derivados de la misma se hará constar el número de crédito comercial que se asigne a la facilidad crediticia.

Transitoriamente, durante el año 1992, se cumplimentará para ello el impreso modelo TE-43 “Ficha de créditos relacionados con importaciones de bienes y servicios”, que prevé la Resolución de la DGTE de 1 de junio de 1989, a efectos de la asignación del “número de crédito comercial”.

33

d) *Deberes de información.*

Independientemente y además, en su caso, de los deberes de declaración a que nos hemos referido en epígrafes precedentes, las actuales disposiciones imponen a las entidades registradas y a las personas físicas o jurídicas que realicen operaciones de las señaladas en el art. 1.º del RD 1816/1991, o que mantengan activos o pasivos en el exterior, el deber de facilitar a los órganos competentes de la Administración del Estado y al Banco de España, en la forma que se establezca, los datos que se les requieran para los fines de seguimiento estadístico y fiscal de las operaciones (*cf.* art. 9.º del RD 1816/1991).

Además, las entidades registradas deberán facilitar, en la forma que determine el Ministro de Economía y Hacienda y

dentro de los treinta días siguientes a cada mes natural, la información sobre datos relativos a cobros y pagos entre residentes y no residentes así como a las transferencias del o al exterior en que intervengan, a los efectos del seguimiento estadístico y fiscal de las operaciones (*cfr.* art. 5.º.4, del RD 1816/1991).

La Circular n.º 15 del Banco de España de 22 julio 1992, dicta normas a las entidades registradas para la comunicación al Banco de España de las operaciones entre residentes y no residentes.

B) *En las inversiones extranjeras en España.*

a) *Declaración previa.*

34

No existe actualmente para las inversiones extranjeras el sistema de declaración previa como requisito necesario para poder formalizarlas. Lo que no obsta a que, como luego veremos, algunas de las declaraciones previas previstas en las normas antes estudiadas del control de cambios en general, puedan y aun deban ser utilizadas a la hora de formalización de una inversión en relación con el medio de pago, de lo que luego hablaremos.

b) *Declaración a posteriori.*

Obligación de declarar. Las inversiones extranjeras, y su liquidación, deben ser declaradas, para su inscripción en el Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda.

Quiénes están obligados a declarar. Esta obligación de declarar la impone el art. 16.2, del RD 671 de 2 de julio de 1992, a los titulares de la inversión extranjera, a los fedatarios que intervengan en ella y a las sociedades o agencias de valores o cualquier otra entidad cuya intervención sea preceptiva para la suscripción o transmisión de valores o que actúen como depo-

sitarias de los valores adquiridos, de acuerdo con las normas que les sean de aplicación.

Por otro lado el art. 16.3 del RD 671/1992 distingue entre valores negociables por un lado, y por otro lado valores no negociables, inmuebles y otras formas de inversión.

Pues bien, el art. 19.2, párrafo segundo, dispone que los titulares de inversiones extranjeras directas o de cartera consistentes en la adquisición de valores no negociables podrán, mientras dichos valores permanezcan en España, custodiarlos por sí mismos o a través de su representante en España, así como celebrar contratos de depósito con cualquier entidad o persona residente, de acuerdo con las normas civiles o mercantiles aplicables al efecto.

Mientras que tratándose de valores negociables, el propio art. 19.2 en su párrafo primero impone a los titulares de la inversión extranjera la obligación de depositar los mismos en las entidades que se determinen en las normas de desarrollo del RD 671/1992.

Y la Instrucción 21 de la Resolución DGTE de 6 de julio de 1992, en su punto 1, reitera que “los inversores no residentes que suscriban o adquieran valores negociables en el mercado español deberán mantener sus cuentas en valores o depósitos de títulos de una entidad española de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19 del RD 671/1992, salvo en los casos de exportación a que se refiere la Instrucción 26”.

A tal efecto dispone que: “2. Podrán actuar como depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, conforme a la presente Resolución, las siguientes Entidades:

A) Sociedades y Agencias, sean o no miembros de alguna Bolsa, que actúen como depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, de conformidad con el art. 71 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores.

B) Entidades de Crédito, Cooperativas de Crédito y Cajas

de Ahorro, incluidas la Confederación Española de Cajas de Ahorro y la Caja Postal de Ahorros.

C) Sociedades mediadoras del mercado de dinero cuando se trate de inversiones extranjeras de valores comprendidos dentro del ámbito operativo de dichas entidades.

D) Otras entidades autorizadas a actuar como depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, respecto de valores negociados en mercados de ámbito estatal que se creen en virtud de lo dispuesto en los artículos 59 y 77 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de valores, o que ostenten la condición de entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores de acuerdo con el RD 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles.”

36

Y añade: “3. Las entidades que se propongan actuar como entidades depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, adquiridos por no residentes en el mercado español, deberán comunicarlo a la DGTE antes de comenzar a ejercer dicha actividad según el modelo de escrito que figura como anexo I a la presente Resolución.”

“4. Los depósitos o cuentas de valores referidos en el punto 1 de la presente Instrucción se considerarán como depósito o cuenta de valores de no residentes cuando la inversión en dichos valores sea declarada a la DGTE de acuerdo con los procedimientos previstos en el presente capítulo y dichos valores hayan sido adquiridos por personas no residentes mediante alguna de las formas de aportación de capitales previstas en el art. 3.º del RD 671/1992, incluidos los que se efectúen mediante el ejercicio de opciones de conversión por parte de los titulares de los depósitos o cuentas de valores o la suscripción de ampliaciones liberadas sobre dichos valores.

“5. En los casos en que una entidad registrada realice las funciones de liquidación de la inversión, a efectos de acreditar

la no residencia del titular de la inversión bastará que el pago de la inversión o desinversión se realice con adeudo o abono a una cuenta de no residente abierta a nombre del inversor en oficina operante en España de la misma entidad registrada. Dicha circunstancia se comunicará por la entidad registrada a la entidad depositaria, salvo que sea la propia entidad registrada quien realice esta función.

En los casos en que la entidad registrada no realice las funciones de liquidación de la inversión en el correspondiente mercado, deberá hacer constar en la correspondiente orden de abono o adeudo que remita al intermediario que realice tal función, la condición de no residente del titular de la cuenta adeudada o abonada. Tal circunstancia deberá a su vez comunicarse por dicho intermediario a la entidad depositaria.

En el caso de constitución de depósitos o cuentas de valores de no residentes por transmisiones cuyo pago no se efectúe a través de cuenta de no residente a nombre del titular del depósito o cuenta de valores abierta en oficina operante en España de entidad registrada, la entidad depositaria vendrá obligada a exigir del titular la acreditación de su no residencia, en los términos de la Instrucción 7.^a.3. a los efectos de calificar de no residente el depósito o cuenta de valores de que se trate.”

“7. Los titulares no residentes de depósitos o cuentas de valores podrán traspasarlos libremente de una entidad a otra, para lo cual la entidad receptora comprobará que se trata de un depósito o cuenta de valores de no residente.”

Pues bien, respecto de los *valores negociables*, el artículo 16.3, del RD 671/1992, ordena que las inversiones en ellos efectuadas, serán declaradas al Registro de Inversiones por parte de las *entidades depositarias*, las cuales remitirán la información que se determine en las normas de aplicación del citado Real Decreto. El procedimiento de declaración de estas inversiones viene regulado en las Instrucciones 22 y siguientes de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992. Pero además de lo anterior, los *inversores extranjeros* remitirán a la

DGTE las comunicaciones a que se refiere el RD 377/1991, de 15 de marzo, sobre participaciones significativas en sociedades cotizadas, y de adquisiciones por éstas de acciones propias.

Recuérdese que este RD 377/1991, obliga a comunicar las adquisiciones o transmisiones de acciones de sociedades cotizadas que determinen que el porcentaje de capital que quede en poder del adquirente alcance el 5 por 100 o sucesivos múltiplos o, que el que quede en poder del transmitente descienda por debajo de alguno de dichos porcentajes. Las comunicaciones se harán: a las sociedades afectadas, a las sociedades rectoras de las Bolsas en que sus acciones están admitidas a negociación y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de acuerdo con lo establecido en el referido RD 377/1991 (art. 1.º de este RD 377/1991).

38

La obligación de comunicar alcanza: al adquirente o transmitente, sea nacional o extranjero, persona física o jurídica, pública o privada; a la entidad dominante del grupo; a la persona física que controle una o varias entidades; y a la persona física o jurídica que en supuestos distintos a los anteriores haya adquirido o transmitido a través de persona interpuesta. En todos los casos siempre que con la operación la participación correspondiente a la persona respectiva alcance o descienda de los porcentajes antes indicados (art. 4.º RD 377/1991). Pero además, los Administradores y miembros de Consejos de Administración de sociedades cuyas acciones están admitidas a negociación en una Bolsa de Valores comunicarán a las entidades mencionadas en el art. 1.º, y que antes hemos visto, todas las adquisiciones o transmisiones de acciones de dichas sociedades que realicen por sí o a través de otras personas interpuestas, con independencia de su cuantía (art. 5.º RD 377/1991).

Las personas físicas obligadas a comunicar incluirán en su comunicación las adquisiciones, transmisiones o participaciones de los hijos bajo su potestad, y las de sus cónyuges salvo que las mismas se refieran a acciones que les pertenezcan privativamente o en exclusiva de acuerdo con su régimen económico matrimonial (art. 7.º).

Asimismo, cualquier adquisición por una sociedad en un solo acto o por actos sucesivos, de acciones admitidas a negociación en una Bolsa de valores, ya se trate de acciones propias o de la sociedad dominante, que supere el 1 por 100 del capital del que formen parte las acciones adquiridas, deberá comunicarse a la Comisión Nacional del mercado de valores (art. 12, RD 377/1991). Están obligados a comunicar las sociedades cotizadas en Bolsa, y las sociedades dominadas por sociedades cotizadas en Bolsa (art. 14 RD 377/1991).

El referido RD 377/1991 regula con más detalle estas obligaciones, y aun otras especiales. Lo que a mí me interesa destacar ahora es:

Primero, que *entre las personas obligadas a declarar, no se menciona a los Notarios ni a los Corredores de comercio.*

Y segundo, que en la Disposición Adicional Primera del RD 377/1991, se dispone que las comunicaciones que conforme a lo dispuesto en el capítulo 1.º (es decir se refiere a la comunicación de participaciones significativas a que nos hemos referido en primer lugar) de este RD hayan de efectuarse por inversores extranjeros, deberán dirigirse, además de a las entidades que en el mismo se mencionan, a la DGTE. La comunicación a ésta se hará utilizando el modelo que establezca para las restantes comunicaciones la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al que se adjuntará en su caso, como anexo, el que apruebe la DGTE.

Esta comunicación a la DGTE —añade la DA 1.ª de este RD 377/1991— “se incorporará (*sic*) al Registro de inversiones a los efectos previstos en el art. 4 del texto articulado de la LIE... (hoy ya derogada), teniendo la condición de requisito para el ejercicio del derecho de transferencia al exterior por no residentes”. Hoy esta precisión normativa es inaceptable porque el art. 5.º del RD 671/1992, no condiciona el ejercicio del “derecho de transferencia” al exterior de beneficios y capitales, a la inscripción en el Registro de Inversiones.

La Resolución de la DGTE sobre procedimiento de tramitación y registro de las inversiones extranjeras, se refiere

a este tema de la comunicación de participaciones significativas, en su Instrucción 23. Reitera en ella la obligación del titular de la inversión de presentar ante la DGTE el ejemplar para la DGTE del modelo aprobado por la Circular 2/1991 de 24 de abril de la CNMV junto con la copia del mismo, en el plazo de siete días hábiles en cumplimiento de lo dispuesto en el RD 377/1991 de 15 de marzo. La DGTE sellará dichos ejemplares, conservará uno de ellos y devolverá la copia al interesado, como justificante de su presentación.

Por lo que respecta a la obligación de declarar que incumbe a las *entidades depositarias*, la Instrucción 24 de la Resolución DGTE de 6 de julio de 1992 dispone:

“1. Las entidades que hayan efectuado la notificación a que se refiere la Instrucción 21 de esta resolución comunicarán las operaciones relativas a inversión extranjera de acuerdo con las siguientes normas:

a) Cada entidad comunicante lo hará a través de una sola de sus oficinas.

b) Dichas comunicaciones se realizarán de acuerdo con el presente capítulo aunque no se hayan registrado operaciones en el período de referencia.

2. Serán objeto de comunicación a la DGTE las siguientes operaciones:

2.1. Compra y venta de valores negociables por parte de no residentes (información sobre flujos).

Corresponderá efectuar la declaración de flujos de valores admitidos a cotización en Bolsas de Valores a las entidades adheridas al servicio de Compensación y Liquidación de valores que liquiden la correspondiente operación de compra o venta de valores de no residentes y, en el caso de mercados distintos de las Bolsas de Valores, a las Entidades que ejerzan estas funciones en el correspondiente mercado.

Las compras y ventas de valores bursátiles liquidadas fuera del sistema de compensación y liquidación de valores, incluidas las compraventas en el extranjero entre no residentes, deberán

ser comunicadas por la sociedad o agencia de valores que intervenga la operación.

Las comunicaciones a que se refiere este apartado se efectuarán con carácter mensual y deberán presentarse a la DGTE entre los días 1 y 20 de cada mes, referidas a las operaciones efectuadas en el mes anterior.

Con esta misma periodicidad y junto con la anterior información las entidades depositarias comunicarán los depósitos o saldos anotados de no residentes que se constituyan o cancelen como consecuencia del cambio de residencia de sus titulares, y de las transmisiones por título distinto del de compraventa, incluidas las de carácter lucrativo “inter vivos” o “mortis causa”.

2.2. Depósitos y saldos anotados en cuenta propiedad de no residentes, existentes al último día del año (información sobre saldos o “stocks”).

Corresponderá efectuar la declaración de “stocks” y saldos anotados a las entidades depositarias de títulos o certificados representativos de valores, a las entidades gestoras de la deuda anotada en la Central de Anotaciones y a las entidades administradoras de anotaciones en cuenta que tengan valores depositados o anotados propiedad de no residentes a la fecha señalada.

Esta comunicación se presentará anualmente dentro del mes de enero, referida a los depósitos o saldos anotados existentes el último día hábil del año natural anterior. No obstante lo anterior, la DGTE podrá requerir estas comunicaciones con una periodicidad distinta por medio de carta circular dirigida a las entidades depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta.

La remisión de información se realizará de acuerdo con las instrucciones que figuran en el anexo II a la presente resolución.

La remisión se realizará mediante soporte magnético; no obstante, si el número de registros a declarar no fuera superior

a veinte, la información podrá remitirse en el impreso cuyo modelo figura en el anexo II de esta resolución.

Por lo que respecta a *valores no negociables, inmuebles y otras formas de inversión*, el art. 16.3, del RD 671/1992, determina que la declaración deberá efectuarse por cualquiera de los sujetos relacionados en el apartado 2 anterior, es decir, titulares de la inversión, fedatarios, y sociedades, agencias o entidades cuya intervención sea preceptiva para la suscripción o transmisión de valores o que actúen como depositarias de los valores adquiridos.

Después me ocuparé del procedimiento para autorizaciones, verificaciones y declaraciones según las distintas clases de inversiones. Ahora me interesan los aspectos generales o generalidades acerca de la declaración, sin perjuicio de que más adelante examine las declaraciones según los distintos tipos de inversión.

42

Para ello es básica la Resolución de 6 de julio de 1992, sobre procedimiento de tramitación y registro de las inversiones extranjeras.

Dicha Resolución de 6 de julio de 1992 distingue en su Instrucción 4.^a los siguientes modelos de declaración:

MC-1A: para la declaración de inversiones extranjeras en sociedades no cotizadas, sociedades participadas, sucursales y establecimientos.

MC-1B: Declaración de liquidación de inversiones extranjeras en sociedades no cotizadas, sociedades participadas, sucursales y establecimientos.

MC-2: Declaración de exportación/importación de títulos al/del extranjero.

MC-3A: Declaración de inversiones extranjeras en bienes inmuebles.

MC-3B: Declaración de liquidación de inversiones extranjeras en bienes inmuebles.

MC-4: Memoria anual de actividad de sociedades españolas con participación extranjera en su capital.

MC-R: Para rectificación de datos relativos a los impresos

MC de declaración, y de solicitudes de verificación o autorización y Memoria anual de sociedades.

El MC-5 ya hemos dicho antes que se utiliza para solicitud de verificación/autorización de inversión extranjera en sociedades españolas, sucursales y establecimientos en España de no residentes. Y el M-6 para la solicitud de verificación/autorización de inversión extranjera en bienes inmuebles.

Ahora bien, la Disposición Transitoria segunda de la Resolución de 6 de julio de 1992, dispone que hasta la publicación y entrada en vigor de los modelos impresos a que se refiere la misma Resolución, *se continuarán utilizando los actuales impresos TE-1, TE-2, TE-4, TE-5, TE-6, TE-7, TE-8, TE-13A y TE-13B*, efectuando su tramitación de acuerdo con las normas contenidas en la Resolución citada de 6 de julio de 1992, pero con las siguientes especificaciones que detalla la Disposición Transitoria Segunda de la misma, y que iremos detallando a medida que examinemos cada una de las formas de inversión.

Los nuevos modelos han sido publicados por Resolución de la DGTE de 21 de septiembre de 1992. Pero, de acuerdo con la disposición final de dicha Resolución, no entrarán en vigor hasta el día 1 de enero de 1993.

En términos generales, según la Instrucción 8.^a de la Resolución de 6 de julio de 1992, los modelos impresos deberán entregarse por el declarante, debidamente cumplimentados, al fedatario público, sociedad o agencia de valores o a la entidad cuya intervención sea necesaria según la legislación mercantil, con carácter previo a la formalización de la inversión. La declaración al Registro de Inversiones será suscrita por el inversor al objeto de interesar del fedatario o de la entidad interviniente, que dé curso a la declaración a los efectos de su posterior tramitación.

Los modelos constan de los cinco ejemplares siguientes:

1.- Para la DGTE. 2.- Para devolver al fedatario por el Registro de Inversiones. 3.- Para devolver al titular de la inversión por el Registro de Inversiones. 4.- Para el titular de la inversión extranjera. 5.- Copia.

El fedatario público debe, tras la formalización del correspondiente documento autorizado por él, diligenciar el impreso reteniendo el ejemplar 5 (copia), *que quedará incorporado a su protocolo, libro-registro o archivo, según proceda, y entregando al interesado el ejemplar 4*. Así lo dispone el punto 4 de la Instrucción 8.^a

¿Quiere esto decir que tal copia debe incorporarse a la matriz de la escritura que formalice la inversión o desinversión? Literalmente, para el caso de los Notarios, así es. Y parece que así se ha querido establecer, con una finalidad de aseguramiento de la conservación de los datos relativos a la declaración de la inversión, al haber desaparecido los “expedientes bancarios” que hasta la entrada en vigor de las nuevas normas, permitía a la DGTE contar con una posible información complementaria, cuando fuere preciso.

44

Y así distingue: protocolo, para los Notarios, libro-registro para los Corredores, y archivo para las entidades intervinientes, si bien entiendo que la Resolución no ha querido entrar en detalles, y permite que de cualquiera de los modos que en Derecho existan para “incorporar al protocolo” un documento, pueda ser utilizado por el Notario y en tal manera pueda cumplir con la referida cautela, que en definitiva tiene el significado de resguardo para el Notario acreditativo de haber firmado la declaración, pero nada más, porque lo que realmente justifica el acceso al Registro de Inversiones de la declaración, es el ejemplar n.º 2, que reciba de dicho Registro. Así pues, creo que debe entenderse cumplida la norma si el referido ejemplar n.º 5 se une a la matriz, bien mencionado tal incorporación por nota o diligencia, que podrá extenderse en el mismo día de la firma de la escritura o en momento y día ulterior. Y cabe también que no se exprese especialmente tal unión. Cabe también que se incorpore a un acta complementaria.

El fedatario o entidad interviniente o el titular de la inversión extranjera, en su caso, entregará al interesado el ejemplar 4, y remitirá los tres restantes ejemplares al Registro de

Inversiones en el *plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde la fecha de formalización de la inversión*. Entiéndase que la obligación queda cumplida con la remisión. Sería de desear, no obstante, que cada Notario arbitrara un sistema de “seguimiento” para asegurarse de la recepción y el reenvío por la DGTE del ejemplar n.º 2, ya que, aun no estando a ello obligado el Notario (a ese “seguimiento”), lo aconseja así un indudable sentido de colaboración en la efectividad de estas normas.

El Registro de Inversiones devolverá al fedatario el ejemplar 2, debidamente diligenciado, como constancia del acto registral, y al titular de la inversión o a la persona que éste designe el ejemplar 3, que servirá al interesado de prueba de que la inversión o su liquidación han sido declaradas.

Cuando se trate de *declaraciones de liquidación* (o desinversión), el titular exhibirá como requisito necesario para la formalización de dicha liquidación, el ejemplar que obre en su poder del impreso de declaración correspondiente a la inversión, o bien certificación acreditativa de la inscripción de la inversión en el Registro de Inversiones en los casos de extravío del impreso de declaración o en los que no exista impreso normalizado. El fedatario o entidad intervinientes, una vez cotejados los datos relativos a la inversión y a su liquidación, diligenciará el impreso de declaración de la liquidación y lo tramitará según el punto 4 de la misma Instrucción 8.^a, es decir según hemos visto antes para las declaraciones de inversión (*cfr.* Instrucción 8.^a.5).

Sin la presentación del impreso de declaración, o de la certificación del Registro de Inversiones, no debe formalizarse la liquidación de la inversión, en mi opinión. En la hipótesis de que la inversión originaria que ahora se liquida, no hubiese sido declarada nunca, entiendo que lo procedente es declararla ahora. Y esta declaración aunque sea extemporánea, servirá para cumplir el requisito exigido en el punto 5 de la Instrucción 8.^a En el caso de que la inversión originaria se hubiese declarado pero en que se haya extraviado el correspon-

diente ejemplar, se puede obtener la oportuna certificación del Registro de Inversiones que suplirá al ejemplar extraviado.

Si la declaración de la inversión o su liquidación se efectúa por *cambio de residencia*, se tramitará directamente por su titular quien cumplimentará el correspondiente impreso, retendrá en su poder los ejemplares 4 y 5 y remitirá los restantes al Registro de Inversiones en el plazo de *seis meses* a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la nueva residencia de acuerdo con el art. 2.º del Real Decreto 1816/1992, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior. Dicha acreditación se acompañará a la correspondiente declaración de la inversión o de su liquidación.

46 Y recuérdese también que desde el punto de vista de la legislación de inversiones extranjeras, se considera como tal la *adquisición mortis causa* de bienes y derechos sitos en España por un no residente. Para estos supuestos la Disposición Adicional tercera 1, párrafo segundo dispone que deberán declararse al Registro de inversiones. No se dispone plazo para tal declaración en esta Disposición adicional. La Resolución de 6 de julio de 1992, en su Instrucción 3.ª, se remite a las reglas aplicables para cada caso según el tipo de inversión. Hemos de entender que el plazo, por aplicación de lo dispuesto en la Instrucción 8.ª.4, de la Resolución de 6 de julio de 1992, será de treinta días hábiles a contar desde la fecha de la formalización de la inversión.

Hay algo que ha cambiado, de gran importancia, en orden a los efectos de la declaración de la inversión, entre otros aspectos, que ahora me interesa subrayar. Me refiero a que, dada la libertad de movimiento de capitales, de cobros y pagos y de transferencias del y al exterior, *no se condiciona actualmente la transferencia de beneficios y del producto de la liquidación de la inversión, a la previa declaración de la inversión en el Registro* que antes mantenía el artículo 4.º del RIE derogado. Después de la reforma, sigue en pie el deber de declarar, y en el plazo de treinta días naturales. Pero el incumplimiento de este deber, no se sanciona ya con la nega-

ción de la transferibilidad de beneficios y capitales, sino con el instrumento legal adecuado para ello que es como ocurre siempre que se produce una infracción administrativa, el de la multa correspondiente, de acuerdo con el art. 10 de la Ley de Control de Cambios. Así resulta del nuevo artículo 5.º del RD 671/1992, en relación con la DA 4.ª del mismo. Y así lo recuerda también la Instrucción 10.2 de la Resolución DGTE de 6 de julio de 1992.

Tampoco se condiciona ya la transferibilidad a que se justifique el pago del Impuesto sobre Sociedades o del IRPF (D.A. 2.ª del Rgt.º del IRPF de 30 diciembre 1991).

De este deber de declaración quedaban excluidas, según el art. 16 del RIE derogado, las inversiones efectuadas con arreglo a las formas previstas en los números 2 y 3 del artículo 10 de dicho derogado Reglamento, es decir en los casos de adquisición de fondos públicos, títulos privados de renta fija o participaciones en fondos de inversión mobiliaria o entidades de inversión colectiva (número 2), y en los de adquisición en Bolsa de letras, pagarés y otros efectos de comercio admitidos a negociación (número 3). Hoy ya no hay excepciones, lo que ocurre, según antes hemos visto, es que para las inversiones en valores negociables, el sistema de declaración es distinto y tiene otros sujetos obligados a formularla.

Para las inversiones en sociedades no cotizadas, sociedades participadas, sucursales y establecimientos, se presentará un solo impreso de declaración para cada inversión. Luego por cada inversión sucesiva que haga el mismo titular en una misma sociedad española, establecimiento o sucursal en España, dará lugar a una nueva declaración. Pero adviértase que *el pago de cantidades aplazadas o dividendos pasivos, no constituye una nueva inversión* (Instr. 14.5, Res. DGTE 6 julio 1992).

En el supuesto de derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones y otros análogos que por su naturaleza den derecho a participación en el capital de sociedades españo-

las, la declaración sólo se efectuará en el momento en que se produzca la *adquisición efectiva* de las acciones o participaciones sociales derivadas del ejercicio de los derechos comprendidos en dichos instrumentos y reflejará la operación de adquisición en su conjunto (Instr. 14.2, Res. DGTE 6 julio 1992).

Tratándose de inversiones en *inmuebles*, *podrá utilizarse un solo impreso de declaración*, cuando se formalicen en un acto simultáneo y en único documento formalizado por fedatario público español, inversiones y desinversiones efectuadas por un mismo titular o comunidad de titulares en bienes inmuebles de igual naturaleza, destino y localidad (Instr. 34.2, Res. 6 julio 1992).

c) *Deberes de información.*

48

Las entidades registradas tienen unos deberes de información en relación con las declaraciones de inversiones extranjeras, y con las comunicaciones de cobros y pagos derivados de una inversión extranjera o de su liquidación, que se siguen manteniendo, aplicando al efecto a estas comunicaciones los códigos estadísticos correspondientes.

3. Verificación administrativa.

Técnicamente se la considera compatible con la liberalización de los movimientos de capitales. Vamos a distinguir igualmente:

A) *En el control de cambios.*

Aunque es una de las medidas que la Ley 40/1979 permite que pueda adoptar el Gobierno, y el propio RD 1816/1991, en su art. 8.º expresamente faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que pueda someter al trámite de verificación previa las operaciones de cobro, pago o transferencia del o al exterior que se determinen cuando dicho trámite resulte conve-

niente para el adecuado conocimiento por la Administración de las transacciones realizadas, y en particular para el mantenimiento de los registros de activos o pasivos exteriores y la comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, lo cierto es que en la actualidad, no se ha producido esta exigencia de trámite previo de verificación en el régimen general del control de cambios.

B) En las inversiones extranjeras.

Se exige *actualmente* cumplimentar el requisito de la verificación administrativa previa, en los siguientes casos:

A') En las siguientes modalidades de *Inversiones directas* por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.º,2 del Real Decreto 671 de 2 de julio de 1992:

a) Las que pretendan realizarse mediante la *participación en una sociedad española* (con los requisitos propios de una inversión directa que prevé el punto 1 del art. 6.º del RD 671/1992), siempre que (art. 7.º.2.a, del RD 671/1992):

49

La participación extranjera total en la sociedad española destinataria de la inversión en el momento previo a la nueva inversión, o a consecuencia de la inversión que se proyecta, *sea superior al 50 por 100 de su capital, y se dé además alguna de las siguientes condiciones:*

— Que el importe de la inversión sea superior a los 500.000.000 de pesetas. A estos efectos se considerará una sola operación las inversiones que se realicen en una misma sociedad dentro del plazo de seis meses a contar desde la fecha de la formalización de cada inversión, por un mismo sujeto inversor o por varios que constituyan una unidad de decisión.

— Que la participación extranjera en el capital social más reservas de la sociedad española supere la cifra de 500.000.000 de pesetas, bien con anterioridad a la inversión proyectada, bien como consecuencia de la misma.

¿Cómo saber si ante un caso concreto se da alguna de estas hipótesis que obliga a obtener la previa verificación, y al Notario a exigirla?

El problema se plantea en primer lugar para el cómputo del 50 por 100 de participación extranjera en la sociedad española, que es el primer requisito, presupuesto para que puedan aplicarse los demás señalados en el apartado a) de este artículo 7.º

Pues bien, la Instrucción 5.ª.2, de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992, sobre procedimiento de tramitación y registro de inversiones extranjeras en España dispone que “para determinar el sometimiento o no al trámite de verificación previa de las inversiones directas en sociedades españolas de acuerdo con el artículo 7.º.2.a) del Real Decreto 671/1992, *sólo se computarán como participación extranjera* las participaciones de inversores extranjeros que tengan la consideración de inversión extranjera directa, es decir, las que superen el 10 por 100 del capital social (debe entenderse las que “alcancen o superen” dicho porcentaje) o las que, sin alcanzar dicho porcentaje, permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración”. (Ya veremos como la D.A. 2.ª de la Resolución DGTE de 21 septiembre 1992 subsana el error de la redacción originaria de esta Instrucción.)

FERNANDO EGUIDAZU (“La nueva legislación sobre inversiones extranjeras en España”, en Boletín ICE Económico-Información Comercial Española, n.º 2234, del 20 al 26 de julio de 1992, pág. 2348), explicando esta norma dice: “Desarrollando este precepto (se refiere al art. 7.º del RD 671/1992) la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 señala que, para determinar si el porcentaje de participación extranjera supera el 50 por 100 (y es por tanto exigible el trámite de verificación previa) sólo se computan los paquetes accionariales que se consideren inversión directa, es decir, los superiores al 10 por 100 (o que sin ser superiores, otorguen al inversor extranjero una participación en la gestión de la sociedad). Los paquetes inferiores al 10 por 100 no se computan. El objeto de esta

norma no es otro que evitar los problemas prácticos que, en el caso de las sociedades cotizadas en Bolsa, se producirían si se computara la totalidad de la inversión extranjera”.

Es decir que con arreglo al criterio que impone la citada Resolución (que lejos de ser restrictiva, liberaliza más, si cabe la inversión), puede darse el caso de una sociedad en la que todo el capital se halle en manos de extranjeros, pero en la que ninguna de las participaciones correspondientes a cada uno de los inversores extranjeros supere el 10 por ciento de la cifra del capital social, y en que ninguna de ellas otorgue al inversor extranjero una participación en la gestión de la sociedad. En tal caso, no serán aplicables ninguna de las otras dos condiciones que se prevén en el propio artículo 7.2.a) del RD 671/1992 para que sea exigible la verificación administrativa. Es decir que en el caso que contemplamos, aunque la inversión extranjera concreta que se contemple sea superior a los 500.000.000 de pesetas, si ésta no supera por sí misma el 50 por 100 de la cifra del capital social (por sí y en unión de las que el mismo inversor o por varios que constituyan una unidad de decisión tuvieren o en general en el sentido en que el precepto habla cuando dice que “se considerará una sola operación”), no sería necesaria la verificación, aunque en este caso alcanzara o superara el 10 por 100, y se tratara de una inversión directa, porque en tal caso, en esta hipótesis que contemplamos de que alcanzase o superase el 10 por 100 del capital social pero no superase el 50 por 100, se trataría, sí, de una inversión directa, pero faltaría el presupuesto de que la participación extranjera superase el 50 por 100 de la cifra del capital social.

Es obvio que existen graves problemas de apreciación de esta circunstancia por el Notario. Todavía, con esta primera condición (que el importe de la inversión sea superior a los 500.000.000 de pesetas) no habrá en general dificultades, en hipótesis regulares y de buena fe. Si el importe de la inversión excede de 500.000.000 de pesetas, y supera el 50 por 100 de la cifra del capital social no procede ya más información.

Se exige al inversor la verificación, y éste deberá obtenerla. Y sin ella no se formalizará la inversión.

Pero puede darse el problema de apreciación cuando la inversión concreta superior a 500.000.000 de pesetas no supera por sí sola (entendiendo la expresión "inversión concreta" como "una sola operación" en el sentido del precepto) el 50 por 100 del capital social. ¿Cómo apreciar si las demás inversiones extranjeras que pueda haber son o no computables, al objeto de añadir su porcentaje al de la inversión proyectada para ver si se supera el 50 por 100?

Es en la segunda hipótesis o segunda de las condiciones cuya concurrencia, junto al presupuesto básico determinan la sujeción a verificación (que el importe de la participación extranjera en el capital social más reservas sea o resulte superior a la cifra de 500.000.000 de pesetas), en donde las dificultades pueden presentarse con mayor entidad.

52 Pero como ahora veremos, desde el punto de vista del Notario que solemnice la inversión, la situación debe contemplarse desde otra perspectiva. Será satisfactoria o no. Yo confieso que no me satisface. Pero jurídicamente, y de lege data, no hay otra. Véamos:

Para pronunciarse sobre este problema conviene considerar previamente que el Notario no está obligado a realizar una investigación sobre este particular, aunque, claro es, sin perjuicio de su deber de asesoramiento a sus clientes, y sin perjuicio de la colaboración que en todo momento estamos seguros que ha de prestar.

Pero, insisto, el deber recae en el inversor. Es éste quien debe informarse acerca de la situación de la participación extranjera en la sociedad destinataria de su inversión. Y si no puede obtener una información directa de la sociedad, por diversas circunstancias (resistencia, acciones al portador, etc.), tiene siempre a mano la posibilidad de acudir al Registro de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Economía y Hacienda, en donde no a cualquier persona dan tal información, pero sí a quien acredite un interés como ocurre con

el propio inversor, y, si llegara el caso, al propio Notario.

Una vez conocido el porcentaje de participación extranjera, y si éste es superior al cincuenta por ciento, podrá complementar su información examinando el último balance social aprobado, del que resultará si el capital social más reserva es o no es superior a 500.000.000 de pesetas. Si no lo es, podrá calcular el incremento de participación extranjera que se va a producir con la nueva inversión (si así es), y el cálculo lo realizará en función no ya del importe de su inversión, sino del importe que puedan suponer las acciones adquiridas en el capital más reservas. Si aun así no alcanza los 500.000.000 de pesetas la participación extranjera en el capital social más reservas, por este apartado no será necesaria la verificación, aunque pueda serlo por el anterior (es decir, por el importe de la inversión).

Si por el contrario quedan superados los 500.000.000 de pesetas de participación extranjera en el capital social más reservas, bien en el momento anterior a la inversión o a consecuencia de ésta, se hará precisa la obtención de la verificación positiva de la DGTE. En tal caso, no es necesario incorporar a la escritura una certificación de la sociedad destinataria de la inversión, acreditativa de la participación extranjera en ella, como por el contrario lo es en el caso que contempla la Instrucción 7.^a 6 de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992, aunque no hay obstáculo en que si se estima oportuno, se una a la matriz tal certificación así como una certificación del último balance aprobado, todo ello, repito una vez más, a cargo del inversor.

Si el inversor, pese a los consejos del Notario, muestra una actitud negligente en este punto, suya será la culpa. Si ante Notario comparece un inversor, y este inversor no advierte al Notario de la participación extranjera existente, suya será la responsabilidad.

Se exceptúan de la exigencia de verificación previa, aunque se den los supuestos previstos en este apartado, las inversiones extranjeras que se efectúen mediante la capitalización de re-

servas o la reinversión de beneficios no distribuidos, en el caso de ampliación de capital de la sociedad de que se trate.

b) En los *préstamos inversiones extranjeras directas*, a que se refiere el art. 6.º.3 del RD 671/1992, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes (art. 7.º.2.b del RD):

— Que la cuantía del préstamo supere los 500.000.000 de pesetas.

— O que, aun sin superar dicha cifra, procedan de personas residentes o domiciliadas en los territorios y países calificados como paraísos fiscales de acuerdo con el RD 1080/1991, de 5 de julio.

En este Real Decreto de 5 de julio de 1991 se atribuye el carácter de “paraíso fiscal” a los siguientes:

1. Principado de Andorra.
2. Antillas Neerlandesas.
3. Aruba.
4. Emirato del Estado de Bahrein.
5. Sultanato de Brunei.
6. República de Chipre.
7. Emiratos Arabes Unidos.
8. Gibraltar.
9. Hong-Kong.
10. Anguilla.
11. Antigua y Barbuda.
12. Las Bahamas.
13. Barbados.
14. Bermudas.
15. Islas Caimanes.
16. Islas Cook.
17. República de Dominica.
18. Granada.
19. Fiji.
20. Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal).
21. Jamaica.
22. República de Malta.

23. Islas Malvinas.
24. Islas de Man.
25. Islas Marianas.
26. Mauricio.
27. Montserrat.
28. República de Naurú.
29. Islas Salomón.
30. San Vicente y las Granadinas.
31. Santa Lucía.
32. República de Trinidad y Tobago.
33. Islas Turks y Caicos.
34. República de Vanuatu.
35. Islas Vírgenes Británicas.
36. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América.
37. Reino Hachemita de Jordania.
38. República Libanesa.
39. República de Liberia.
40. Principado de Liechtenstein.
41. Gran Ducado de Luxemburgo, por lo que respecta a las rentas percibidas por las sociedades a que se refiere el párrafo 1, del protocolo anexo al Convenio para evitar la doble imposición de 3 de junio de 1986.
42. Macao.
43. Principado de Mónaco.
44. Sultanato de Omán.
45. República de Panamá.
46. República de San Marino.
47. República de Seychelles.
48. República de Singapur.

c) Las que pretendan realizarse mediante la *participación en una sociedad española* (con los requisitos propios de una inversión directa a que se refiere el art. 6.º.1, del RD 671/1992), *cuando la participación extranjera total supere el 50 por 100 del capital de la sociedad española destinataria de la inversión, cualquiera que sea su cuantía, bien, con anterioridad a*

ésta, bien como consecuencia de la misma, y cualquiera de los inversores extranjeros en dicha sociedad española sea una persona física o jurídica residente en un país o territorio de los considerados como *paraísos fiscales* de acuerdo con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio (art. 7.º.2.c, RD 671/1992).

Destaca que esta modalidad de inversión, que, como la señalada bajo el apartado a) se refiere a la participación en una sociedad española con los requisitos propios de una inversión directa, se haya regulado con separación de la misma, en otro apartado distinto, siendo así que para los préstamos inversiones extranjeras directas, en el apartado anterior se regula la procedente de los paraísos fiscales, dentro del régimen aplicable a dichas modalidades de préstamo y como especialidad del mismo.

56

La explicación puede encontrarse en la voluntad normativa de excluir en estos casos la excepción contemplada en el art. 7.º.2.º, párrafo último para los supuestos de capitalización de reservas o reinversión de beneficios no distribuidos. Y algo parecido ocurre, según veremos, para los supuestos de constitución de sucursales o ampliación de su dotación.

Así pues, basta con que la participación extranjera total en la sociedad destinataria de la inversión supere el 50 por 100 del capital de dicha sociedad, bien con carácter previo a la inversión, o bien a consecuencia de la inversión, para que sea necesaria la previa verificación cuando el inversor sea residente o esté domiciliado en un paraíso fiscal, tanto si es persona física como si es persona jurídica. Y ello cualquiera que sea su cuantía.

En cambio si la participación extranjera en la sociedad española destinataria de la inversión, ni siquiera con la nueva inversión supera el porcentaje del 50 por 100, no será exigible la previa verificación, cualquiera que sea la cuantía de la inversión, y aunque ésta sea superior a los 500.000.000 de pesetas.

Podemos repetir cuanto exponía antes al estudiar la hipótesis del apartado a): es al inversor extranjero a quien incumbe

averiguar y facilitar los datos sobre participación extranjera en el capital, y si así no lo hace él será quien deba pechar con las consecuencias. Sería aconsejable, al menos en los casos de duda, que se exhibiera al Notario (y si se estima oportuno, podría incorporarse a la matriz de la escritura de formalización de la inversión, aun sin ser necesaria dicha incorporación), una certificación de la sociedad destinataria de la inversión acerca de la participación extranjera en el capital social, cuando ésta es superior al 50 por 100, o el pertinente escrito o certificación del Registro de Inversiones que estimo podrá ser solicitado al efecto.

Se podía cuestionar en la redacción originaria si para este supuesto rige o no la norma antes examinada de la Instrucción 5.^a.2 de la Resolución de la DGTE según la cual para determinar el sometimiento a verificación sólo se computarán como participación extranjera las participaciones extranjeras que superen el 10 por 100 del capital social o que aun sin superarla, permitan al inversor extranjero formar parte directa o indirectamente del órgano de administración. Y el problema surge porque la referencia que hace tal Instrucción se concreta exclusivamente según sus términos literales al art. 7.^o.2.a), es decir, al supuesto del apartado a), punto 2, del artículo 7.^o del RD 671/1992, dejando al margen de su regulación la hipótesis del apartado c), punto 2 del referido artículo 7.^o, que es el que ahora estudiamos. ¿Se trataba de un mero lapsus de los redactores del precepto? Parece que sí, que *fue un lapsus*. Motivado por el manejo de versiones distintas en la elaboración de la Resolución. En resumen, la norma de la Instrucción 5.^a.2 había que entenderla también para el supuesto del art. 7.^o.2,c) del RD. Y así lo dispone la nueva redacción de la norma por Resolución DGTE de 21 de septiembre de 1992, en su D.A. 2.^a, que da nueva redacción a la Instrucción 5.^a apartado 3 de la Resolución de 6 de julio de 1992 en el sentido indicado, y corrige a la par otros puntos de su redacción como el de que la participación extranjera *iguale* o supere el 10 por 100 del capital social.

d) Cuando se trate de la *constitución de sucursales o establecimientos o de ampliación de su dotación y ésta supere los 500.000.000 de pesetas*, bien con anterioridad a la inversión proyectada, bien como consecuencia de la misma.

Se exceptúan de la exigencia de verificación previa las inversiones extranjeras a que nos estamos refiriendo que, aun alcanzando la dotación indicada, se efectúen mediante la ampliación de la dotación con cargo a beneficios o la concesión de *anticipos reintegrables a las citadas sucursales y establecimientos* (cfr. art. 7.º.2.d, RD 671/92).

Sobre el concepto de establecimiento el art. 6.º del RD 671/1992, dispone que “se entenderá a estos efectos por establecimiento cualquier actividad empresarial que lleve consigo la calificación de establecimiento permanente por la normativa fiscal”. En cuanto a la “normativa” fiscal, puede verse fundamentalmente el art. 7.º de la Ley 61 de 27 de diciembre de 1979 del Impuesto de Sociedades. También y con más concreción el Tratado internacional para evitar la doble imposición que España tenga suscrito con el país cuya nacionalidad ostente la sociedad que trata de crear un establecimiento en España.

Así el artículo 7.º de la Ley 61/1979 dispone que se considerarán en todo caso rendimientos o incrementos de patrimonio obtenidos en España los siguientes:

“a) Los rendimientos de las explotaciones económicas de toda índole, obtenidos por medio de establecimiento permanente situado en territorio español.

Se entenderá que una sociedad realiza operaciones en España por medio de establecimiento permanente cuando directamente o mediante apoderado posea en territorio español una sede de dirección, sucursal, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos; obras de construcción, instalación o montaje, cuando su duración sea superior a doce meses, agencias o representaciones autorizadas a contratar en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, o cuando posean minas, canteras, pozos de petróleo o de gas, explotaciones agrarias, forestales, pecuarias, o cualquier otro

lugar de extracción de recursos naturales o realice actividades profesionales o artísticas o posea otros lugares de trabajo en los que realice toda o parte de su actividad.

Pero quizá pueda servirnos mejor de pauta en esta materia, por su mayor concreción, el Tratado Internacional que España tenga suscrito con el país cuya nacionalidad ostente la sociedad que trata de “asentarse”, para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. En los Convenios de doble imposición suele dedicarse algún título a dar una noción de lo que se entiende por “establecimiento permanente” a efectos del Convenio, en términos parecidos a los del Texto Refundido del Impuesto de Sociedades antes transcrito. Así el celebrado con Francia, Convenio de 27 de junio de 1973, ratificado por Instrumento de 7 de enero de 1974 para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, publicado en el BOE de 7 de mayo de 1975, que en su artículo 5.º, bajo la rúbrica “establecimiento permanente” dice:

59

“1. A los efectos del presente Convenio, la expresión ‘establecimiento permanente’ significa un lugar fijo de negocios en el que una Empresa efectúa toda o parte de su actividad.

2. La expresión ‘establecimiento permanente’ comprende, en especial:

- a) las sedes de dirección;
- b) las sucursales;
- c) las oficinas;
- d) las fábricas;
- e) los talleres;
- f) las minas, canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales;
- g) las obras de construcción o de montaje, cuya duración exceda de doce meses.

3. El término ‘establecimiento permanente’ no comprende:

- a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la Empresa;

b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la Empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas;

c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la Empresa con el único fin de que sean transformadas por otra Empresa;

d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o el recoger información para la Empresa;

e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o desarrollar otras actividades similares que tengan carácter preparatorio o auxiliar, siempre que estas actividades se realicen para la propia Empresa.

60

4. Una persona que actúe en un Estado contratante por cuenta de una Empresa del otro Estado contratante, salvo que se trate de un Agente independiente, comprendido en el número 5, se considera que constituye 'establecimiento permanente' en el Estado primeramente mencionado si tiene y ejerce habitualmente en este Estado poderes para concluir contratos en nombre de la Empresa, a menos que sus actividades se limiten a la compra de bienes o mercancías para la misma.

5. No se considera que una Empresa de un Estado contratante tiene 'establecimiento permanente' en el otro Estado contratante por el mero hecho de que realice actividades en este otro Estado por medio de un corredor, un comisionista general, o cualquier otro mediador que goce de un estatuto independiente, siempre que estas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.

6. El hecho de que una sociedad residente en un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades en este otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera) convierte, por sí solo, a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra."

e) Cuando, con independencia de la cuantía, la *constitución o ampliación de sucursales o establecimientos* se efectúe por personas residentes o domiciliadas en los países y territorios calificados como *paraísos fiscales*.

Decimos aquí lo mismo que antes exponíamos con referencia a la participación en sociedades: se ha querido eliminar para las inversiones en sucursales o establecimientos provinientes de paraísos fiscales, la excepción que como hemos visto establece el RD en su art. 7.º.2.d, párrafo segundo, eximiendo de verificación los supuestos de ampliación de dotación con cargo a beneficios o mediante la concesión de anticipos reintegrables a las citadas sucursales y establecimientos.

B') Las *inversiones de cartera* son libres sin necesidad de verificación. Pero el RD 671/1992, no obstante la regla general, *sujeta a previa verificación la emisión o colocación en mercados extranjeros de acciones de sociedades españolas, derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones u otros análogos* que, por su naturaleza den derecho a participación en el capital (cfr. arts. 11 y 9.º del RD 671/1992).

61

C') Las *inversiones en bienes inmuebles* tanto por personas físicas españolas o extranjeras como por personas jurídicas extranjeras, no residentes son libres. Pero se someten a previa verificación:

— Cuando el importe total de la adquisición *supere los 500.000.000 de pesetas*.

— Cuando, cualquiera que sea su importe, la inversión *proceda de "paraísos fiscales"*.

Recuérdese al efecto que uno de los modos de adquisición de inmuebles, por *accessión industrial*, es el que tiene lugar por la edificación. Lo que hay que tener en cuenta, según los casos en las declaraciones de obra nueva.

El art. 12.1, párrafo primero del RD 671/1992, declara que "constituye inversión extranjera en inmuebles la adquisición por personas físicas o jurídicas no residentes de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España".

No debe interpretarse con toda su carga dogmática, que cualquier adquisición de derecho real sobre inmuebles dará lugar a una inversión extranjera. Así, debe entenderse excluido el derecho real de hipoteca, cuyo ámbito de tratamiento en el control de cambios y las inversiones extranjeras, se halla en el terreno de las garantías. Todo ello sin perjuicio de que cuando un precepto expresamente mencione la hipoteca para someterla a previa autorización, se cumpla tal exigencia, como ocurre en las hipotecas a favor de extranjeros en áreas no exceptuadas de zonas estratégicas. Pero en tema de inversiones extranjeras, no se ha querido incluir la hipoteca como inversión extranjera. Si no se ha hecho salvedad en este punto ha sido por innecesario, por considerar incuestionable su exclusión, en una interpretación incluso histórica del precepto.

No se adquiere una hipoteca, sola, aislada, y en cambio sí que se adquiere aisladamente un usufructo. La hipoteca es accesoria a un derecho de crédito. Se adquiere un derecho de crédito garantizado con hipoteca, o si se quiere un crédito hipotecario. Pero no una hipoteca, en nuestro sistema. Ya la Orden de 23 de enero de 1981 (hoy derogada al estar liberalizadas con carácter general todas las garantías), había liberalizado en los términos que se prevén en la misma, toda clase de garantías, las personales y las reales. Una referencia a las mismas se puede ver en el artículo 3.º de dicha Orden.

En el párrafo segundo del artículo 12.1, del RD 671/1992 declara que “se entiende incluida en esta forma de inversión la adquisición por inversores no residentes de cuotas proindivisas de un inmueble para su disfrute a tiempo parcial”.

Y en fin, según el art. 12.2 del RD 671/1992, “cuando la adquisición de inmuebles por inversores no residentes constituya en sí misma una actividad de naturaleza empresarial, la inversión se regirá por las disposiciones previstas para las inversiones extranjeras directas”.

El precepto no tiene, hoy día, más valor que el puramente estadístico.

E') *Otras formas de inversión* que se contemplan en el

artículo 14 del RD 671/1992, dentro del Capítulo V, de dicho RD, son libres en general. Pero están sometidas a verificación (art. 15 RD 671/1992):

— Cuando el valor total correspondiente a la participación de inversores extranjeros *sea superior a 500.000.000 de pesetas*.

— Cuando, con independencia de su importe, *procedan de "paraísos fiscales"*.

Según el art. 14 del RD 671/1992:

"Tendrán la calificación de otras formas de inversión las inversiones extranjeras que tengan por objeto:

- a) Cuentas en participación.
- b) Comunidades de bienes.
- c) Fundaciones.
- d) Agrupaciones de interés económico.
- e) Cooperativas.
- f) Otros supuestos que mediante Real Decreto se determinen por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda."

63

e) *Las transmisiones intervivos a título gratuito que den lugar a una inversión extranjera en España.*

En principio, y conforme a la DA 3.^a.1, del RD 671/1992, siempre que no se trate de adquisiciones en sectores específicos, ni de adquisiciones por Gobiernos o entes públicos extranjeros (a los que me he referido al tratar de la necesidad de autorización), los sujetos a que se refiere el art. 2 de dicho RD, es decir, los que pueden ser sujetos de inversiones extranjeras, podrán adquirir inversiones en España por actos de disposición a título gratuito inter vivos, cualquiera que fuese la residencia del transmitente, siempre que dicha adquisición se someta a las condiciones y requisitos establecidos en el repetido RD para la clase de inversión de que se trate, y en particular a las exigencias de *verificación*, formalización y declaración al Registro de inversiones de dicha inversión.

Tal como está redactado el precepto puede inclinar al intérprete a considerar que es preceptiva la verificación en todos los casos de adquisición de inversiones en España por actos de disposición a título gratuito inter vivos. Sin embargo no es así. No se ha querido eso. Lo que el precepto quiere es que el hecho de que sea la adquisición a título gratuito no debe provocar ni más exigencias o requisitos ni menos (salvo justificación de medio de pago) que los que son exigibles en los casos en que la inversión se adquiere a título oneroso. Lo que hará que si según el valor, y en su caso sector de actividad, o residencia en “paraíso fiscal”, se exige verificación o autorización, también habrá de exigirse en el caso en que la adquisición se produzca a título gratuito.

Trámites para la verificación.

64 En todos los casos en que se requiere verificación, ésta debe solicitarse mediante la presentación del correspondiente impreso normalizado, concretamente utilizando el impreso MC-5 (para inversiones extranjeras en sociedades españolas, sucursales y establecimientos en España de no residentes), o el MC-6 (para inversiones extranjeras en bienes inmuebles). Trátándose de “otras formas de inversión”, las solicitudes de verificación deberán presentarse mediante escrito del interesado en el que se expongan todos los datos relativos a la constitución, formalización o participación en las entidades o patrimonios a que se refiere la Instrucción 36 de la Resolución de 6 de julio de 1992, junto con una copia de dicho escrito y del Estatuto o disposición interna por la que vaya a regirse la institución de que se trate (Instrucción 37.1, de la citada Resolución).

En todos los casos según resulta del art. 24 del RD 671/1992, y de la Instrucción 5.^a de la Resolución de 6 de julio de 1992, el procedimiento de tramitación de los expedientes de verificación se regirá por lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, en el Real Decreto 671/1992, y en la citada Instrucción 5.^a

Como ya hemos dicho antes, para determinar el sometimiento o no al trámite de verificación previa de las inversiones directas en las sociedades españolas de acuerdo con el art. 7.º.2.a, y c, del RD 671/1992, sólo se computarán como participación extranjera las participaciones de inversores extranjeros que tengan la consideración de inversión extranjera directa, es decir, las que alcancen o superen el 10 por 100 del capital social o las que, sin alcanzar dicho porcentaje, permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración.

Los impresos de solicitud de verificación constarán de 3 ejemplares: para la Administración, para la diligencia de verificación y para el interesado. La solicitud de verificación de las inversiones para las que no exista impreso normalizado, deberá efectuarse mediante escrito del interesado, al que se adjuntará copia (como ocurre en "otras formas de inversión»).

Las solicitudes se presentarán ante la DGTE a través del Registro General del Ministerio de Economía y Hacienda, o de alguno de los órganos a que se refiere el art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El órgano administrativo receptor estampará en cada uno de los ejemplares su sello, fecha de recepción y número de orden, devolviendo su ejemplar al interesado, y remitiendo los demás ejemplares o el original del escrito, según los casos, a la DGTE.

Recibida la solicitud por la DGTE, ésta verificará el proyecto de inversión con el fin de comprobar su naturaleza, adecuación al ordenamiento jurídico y su inclusión en los supuestos liberalizados, notificando al interesado su conformidad o disconformidad con dicho proyecto en el plazo de 30 días hábiles, a contar desde la presentación. La notificación de la resolución de la DGTE se efectuará mediante la devolución al interesado del ejemplar correspondiente del impreso debidamente diligenciado, o mediante oficio de dicho centro directivo, según corresponda.

Transcurrido este plazo sin que el interesado haya recibido la notificación, el proyecto de inversión se tendrá por verificado y conforme.

Cuando la DGTE hubiera requerido información adicional al interesado, se suspenderá el plazo de 30 días hábiles para dictar resolución expresa, cuyo cómputo se reanudará una vez que el interesado aporte la información solicitada o subsane en debida forma las omisiones o defectos formales de la documentación previamente presentada.

Los proyectos de inversión sujetos al trámite de verificación administrativa deberán realizarse en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de la notificación de la conformidad del proyecto o de aquella en que se entiende producido el silencio administrativo positivo, salvo prórroga solicitada por el interesado mediante escrito acompañado de la copia de la verificación de la DGTE. Transcurrido dicho plazo, incluido el de prórroga en su caso sin haberse realizado la inversión, la verificación se entenderá caducada.

66

Ahora bien, en tanto no entren en vigor los nuevos modelos impresos (que como ya hemos dicho tendrá lugar el día 1 de enero de 1993), se continuarán utilizando los modelos impresos TE-13A y TE-13B, en la forma que a continuación veremos.

Podríamos resumir el tema de los impresos de declaraciones y verificaciones y autorizaciones del siguiente modo:

— *Etapas transitorias hasta el día 1 de enero de 1993:*

Inversiones directas:

Las solicitudes de verificaciones o de autorizaciones, en impreso TE-13A.

Las declaraciones de inversión, en impreso TE-1, salvo que el sujeto inversor sea una sociedad española con capital extranjero o una sucursal en España de persona no residente, en cuyo caso se empleará un impreso TE-5.

Las declaraciones de liquidación de inversión, en impreso TE-2.

Inversiones en inmuebles:

Las solicitudes de verificación o autorización, en impreso TE-13B, salvo que se trate de adquisiciones de inmuebles constitutivas de actividad empresarial en cuyo caso se empleará

el TE-13A al que se adjuntará el modelo TE-13B, aunque de este último sólo se cumplimentarán los casilleros 3, 4, 5 y 6.

Las declaraciones de inversión, en impreso TE-7.

Las declaraciones de liquidación de inversión, en impreso TE-8.

— *Régimen previsto para aplicación a partir del día 1 de enero de 1993.*

Advierto que cuanto decimos a continuación es ya aplicable, salvo en lo que se refiere a la utilización de los modelos.

Inversiones directas:

Tratándose de inversiones en sociedades no cotizadas, sucursales y establecimientos y préstamos a que se refiere el art. 6.º.3:

Solicitudes de verificación: impreso MC-5. Deberá acompañarse a las mismas (excepto en constitución de sociedades o creación de sucursales o establecimientos) copia de la última declaración del impuesto de sociedades correspondiente a la sociedad española en la que se efectúe la inversión (Instrucción 12 Res. 6-7-92).

67

Si se tratase de inversión por sociedades españolas con participación de capital extranjero o de sucursales o establecimientos en España de no residentes, la solicitud de verificación deber ir acompañada de la última declaración del impuesto sobre sociedades de la sociedad española en la que se invierte, salvo en los casos de constitución de sociedades, y de la referencia del MC-1A de declaración al Registro de Inversiones de la inversión extranjera en la sociedad española inversora.

Solicitudes de autorización: se acompañará al impreso MC-5, por triplicado cuando corresponda resolver al Consejo de Ministros y por duplicado cuando corresponda a otro órgano de la Administración del Estado: la descripción del objeto social de la sociedad destinataria de la inversión. Y la identificación de todas aquellas entidades públicas de soberanía extranjera que pretendan ser titulares de la inversión extranjera cuya autorización se solicita, especificando su relación con el sector público del país de origen de la inversión, y su grado de influencia o control en la gestión de la sociedad inversora.

Declaración de inversión: MC-1A, en todos los casos. A este impreso también en todos los casos, se acompañará copia del documento de identificación fiscal de la sociedad española, sucursal o establecimiento en España destinataria de la inversión. Y en el supuesto específico de adquisición de inmuebles constitutivas de actividades de naturaleza empresarial se adjuntará además el impreso MC-3A, pero de este último sólo se cumplimentarán sus apartados "Datos del inmueble" y "Datos de la inversión".

68

En el caso derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones y otros análogos que por su naturaleza den derecho a una participación en el capital de sociedades españolas, la declaración en el modelo impreso MC-1A sólo se efectuará, según ya hemos dicho, en el momento en que se produzca la adquisición efectiva de las acciones o participaciones sociales derivada del ejercicio de los derechos comprendidos en dichos instrumentos, y reflejará la operación de adquisición en su conjunto.

Se cumplimentará un solo modelo impreso MC-1A para cada operación de inversión referida a un mismo titular, sociedad española, sucursal o establecimiento en España objeto de inversión tipo de operación. Cada inversión sucesiva que realice un mismo titular en una misma sociedad española, sucursal o establecimiento en España dará lugar a una nueva declaración mediante modelo impreso MC-1A, teniendo en cuenta que el pago de cantidades aplazadas o dividendos pasivos no constituye una nueva inversión. En particular darán lugar a nueva declaración al Registro de inversiones las inversiones efectuadas sin aportación, con aportación no dineraria o con pago en el exterior tales como:

a) Reinversión de beneficios en los casos de ampliación de capital, bien ejerciendo los propios derechos relativos a la participación que ya posea el titular, bien como consecuencia de la incorporación del saldo de la cuenta de regularización, según la legislación aplicable; capitalización de reservas y capitalización de préstamos y créditos.

b) Transmisiones entre no residentes de inversiones en sociedades españolas.

Declaración de liquidación de inversión: MC-1B. Tal modelo cumplimentado se deberá presentar por el titular de la inversión al fedatario que haya de formalizar su liquidación. “Asimismo, como requisito necesario para la formalización de la liquidación de la inversión deberá exhibir el impreso modelo MC-1A correspondiente a la declaración de la inversión que se liquida, o certificación del Registro acreditativa de que dicha inversión estuviera registrada” (Instrucción 15.1. Res. 6-7-1992).

Cuando se trate de inversiones consistentes en adquisiciones de inmuebles constitutivas de actividades de naturaleza empresarial (es decir las contempladas en la Instrucción 11.1.4 de la Resolución), la liquidación de la inversión se declarará mediante el impreso MC-1B al que se adjuntará el impreso modelo MC-3B. De este último sólo se cumplimentarán sus apartados “Datos del inmueble” y “Datos de la liquidación de la inversión”.

El número de la declaración del modelo MC-1B será el del MC-1A por el que se declaró al Registro de inversiones la inversión que se liquida.

En el caso de desinversiones parciales de inversiones declaradas mediante uno o varios modelos MC-1A se formularán tantos modelos MC-1B referidos a un MC-1A, como sean necesarios. En los casos de los *préstamos* a que se refiere la Instrucción 11.1.3 se formulará un MC-1B correspondiente a su cancelación total en el momento en que ésta se produzca, salvo en los supuestos de *capitalización de dichos préstamos*, en los que se cumplimentará el modelo MC-1B por el importe correspondiente a dicha operación, y simultáneamente habrá de declararse la nueva inversión mediante modelo MC-1A.

En los supuestos de *capitalización de préstamos asimilados a inversión directa y de transmisiones entre no residentes*, el nuevo modelo MC-1A, será presentado al fedatario o Entidad

interviniente junto con el modelo MC-1B relativo a la declaración de la liquidación de la inversión de procedencia. En estos casos el modelo impreso MC-1A, se tramitará aun cuando el interesado incumpla la obligación de presentación del modelo MC-1B. En estos casos no se cumplimentará el casillero “N.º MC-1B de procedencia” de dicho modelo de declaración MC-1A, y en el momento de remitirse dicho impreso MC-1A al Registro de Inversiones, deberá acompañarse de copia de la escritura de formalización de la operación de referencia, con el fin de dar cumplimiento a la Instrucción 10 de la presente Resolución (*cfr.* Instrucción 15 de la Res. 6-7-1992).

Inversiones en sociedades cotizadas y en general en valores negociables:

Adviértase:

70

Que bajo este epígrafe se comprenden los valores a que se refieren los apartados b y c del art. 9.º del RD 671/1992, típicas inversiones de cartera, y además los del apartado a) del mismo artículo (es decir la suscripción y adquisición de acciones de sociedades españolas o de participaciones sociales en su caso) pero éstos, con independencia de que tales operaciones sean calificables como de inversión extranjera directa o de cartera.

Que las particularidades que vamos a examinar en este epígrafe se aplicarán también, por mandato de la Instrucción 18,a, cuando no obstante tratarse de suscripción de acciones y valores equiparables a acciones de sociedades españolas cuyo capital no esté sometido a cotización, no obstante se haya previsto la cotización de las referidas acciones y valores mediante el correspondiente folleto de emisión debidamente verificado y registrado por los Organismos competentes.

Por otro lado, la Instrucción 18,b, aclara que el *concepto de “valor negociable”* debe entenderse en los términos de la Ley del Mercado de Valores y demás normas que la desarrollan, caracterizándose por su negociabilidad en términos de un mercado organizado y su *agrupación en emisiones*. Dicha Ins-

trucción repite lo que ya dice el art. 9.º.b, del RD 671/1992, y es que no tendrá la consideración de inversión extranjera la adquisición de valores librados singularmente o en cuya emisión no concurren las circunstancias propias de los valores negociables.

Solicitudes de verificación: impreso MC-5, acompañado de copia de la última declaración del Impuesto sobre sociedades correspondiente a la sociedad española en la que se efectúa la inversión.

Las solicitudes de verificación para la *emisión y colocación en el extranjero de acciones y valores participativos de sociedades españolas*, deberán presentarse ante la DGTE mediante escrito adjuntando al mismo el acuerdo y características de la emisión y, en su caso, el contrato de colocación.

Solicitudes de autorización: Para las hipótesis de las inversiones comprendidas en este capítulo, es decir inversiones en valores negociables, y contempladas en el artículo 26 (sectores específicos), disposiciones adicionales primera 3 (entes públicos extranjeros no comunitarios), segunda 1 (personas jurídicas privadas no comunitarias que fueren nacionalizadas en su país), y tercera 2 (adquisiciones mortis causa o intervivos gratuitas por entes públicos extranjeros no comunitarios) del RD 671/1992, las solicitudes de autorización deberán presentarse mediante el modelo impreso MC-5, acompañado, por triplicado cuando resuelva el Consejo de Ministros y por duplicado cuando la competencia para resolver corresponda a otro órgano de la Administración del Estado, la siguiente documentación:

Descripción del objeto social de la sociedad o Entidad española en la que se efectúa la inversión.

Identificación de todas aquellas Entidades públicas de soberanía extranjera que pretendan ser titulares de la inversión extranjera cuya autorización se solicita, especificando su relación con el sector público del país de origen de la inversión, y su grado de influencia o control en la gestión de la Entidad inversora (*cfr.* Instrucción 20).

Declaración de inversión: Se efectuará:

Mediante la *comunicación de participaciones significativas*.

Los *titulares de inversiones extranjeras* en valores negociables representativos de partes de capital social con derecho a voto de una sociedad admitida a cotización en Bolsa de Valores, deberán comunicar las participaciones significativas, presentando al efecto ante la DGTE el ejemplar del modelo aprobado por la Circular 2/1991 de 24 de abril de la CNMV, junto con copia del mismo en el plazo de 7 días hábiles. La DGTE sellará dichos ejemplares, conservará uno de ellos y devolverá la copia al interesado como justificante de su presentación (Instrucciones 22 y 23).

Mediante *comunicaciones de "flujos" y de "stocks"*.

Las *entidades depositarias, administradoras o gestoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta* que hubieran notificado a la DGTE su propósito de actuar como tales, de conformidad con lo prevenido en la Instrucción 21.

72

En los supuestos de admisión a cotización en Bolsa de valores de sociedades españolas, que en tal momento pertenecieran ya a inversores extranjeros, y hubiesen sido declaradas mediante modelo MC-1A, la DGTE cancelará de oficio "dichas declaraciones" (*sic*, en Instrucción 28 de la Res. 6-7-1992), pero el inversor extranjero vendrá obligado a presentar la pertinente comunicación de participaciones significativas.

En el supuesto inverso de exclusión de cotización, la DGTE cancelará de oficio las comunicaciones de participaciones significativas, y a partir de tal momento la inversión extranjera pasará a regirse por las normas previstas para las inversiones en sociedades no cotizadas. En tal caso, los titulares de inversión extranjera en estos valores excluidos de cotización, deberán presentar en la DGTE la declaración en modelo MC-1A.

Tratándose de préstamos inversiones directas, su cancelación se declarará mediante impreso MC-1B. Cuando se trate de capitalización de estos préstamos-inversiones directas (por ej. el prestamista suscribe una ampliación de capital y desembolsa sus acciones aportando el crédito derivado del prés-

tamo, es decir, capitalizando el préstamo), y de transmisiones entre no residentes se cumplimentará el impreso MC-1B (por la extinción del préstamo) y simultáneamente deberá declararse la nueva inversión, mediante el impreso MC-1A. Ambos impresos deberán presentarse al fedatario que formalice la operación. Ahora bien, en estos casos el impreso modelo MC-1A se tramitará aun cuando el interesado incumpla la obligación de presentación del nuevo modelo MC-1B. Pero en este caso en que no se presentara tal modelo MC-1B, no se cumplimentará el casillero "N.º MC-1B de procedencia" de dicho modelo de declaración MC-1A, y en el momento de remitirse dicho impreso MC-1A al registro de Inversiones, debe acompañarse de copia de la escritura de formalización de la operación de referencia.

Tratándose de inversiones en inmuebles:

Solicitudes de verificación o autorización: en impreso MC-6.

Declaración de la inversión: MC-3A.

Liquidación de la inversión: MC-3B, cuyo número será el del MC-3A.

Podrá utilizarse un solo impreso cuando se formalicen en acto simultáneo y en único documento autorizado por fedatario público español inversiones y desinversiones efectuadas por un mismo titular o comunidad de titulares en bienes inmuebles de igual naturaleza, destino y localidad (Res. 6-7-1992, Instrucción 34.2).

En caso de transmisión de inmuebles entre no residentes, se cumplimentará simultáneamente un modelo impreso MC-3A por el adquirente y un modelo impreso MC-3B por el transmitente (Instrucción 34.3, Res. 6-7-92).

La realización de obras nuevas y ampliaciones de las mismas, reformas y mejoras susceptibles de inscripción en el Registro de la propiedad, sobre inmuebles objeto de inversión extranjera, será objeto de declaración al Registro de Inversiones mediante modelo MC-3A en el momento en que se produzca la formalización ante fedatario público de dicha

obra nueva, ampliación, reforma o mejora. En dicho impreso deberá constar en el casillero destinado al efecto el número del MC-3A, correspondiente a la inversión original que se declaró en su día al Registro de Inversiones (Instrucción 34.4, Res. 6-7-92).

Cuando el titular de la inversión extranjera entregue cantidades a cuenta, bien directamente a un promotor, bien a un cesionario residente, para la adquisición de edificios en construcción al amparo de la legislación aplicable al efecto, no se cumplimentará el modelo impreso MC-3A hasta que se otorgue la escritura notarial de adquisición. En dicha escritura se dejará constancia de la justificación de las referidas cantidades entregadas a cuenta (Instrucción 34.5, Res. 6-7-92).

Cuando la adquisición de inmuebles se produzca como consecuencia del ejercicio de un derecho de opción de compra, la declaración en el modelo impreso MC-3A se realizará en el momento de la adquisición de dichos inmuebles, no siendo necesaria su formalización con anterioridad a dicho momento (Instrucción 34.6, Res. 6-7-92).

En caso de *liquidación* de la inversión, recuérdese que el comprador, debe *retener* el 10 por 100 del precio que el adquirente ha de ingresar en Hacienda, como pago a cuenta del IRPF del vendedor. Esta obligación existe aun cuando también el comprador sea no residente. Pero no existe obligación de retener cuando el transmitente acredite su sujeción al IRPF por obligación personal, o cuando la inversión que ahora liquida tuviera más de veinte años de antigüedad (basta ver el título de propiedad), y siempre que en este caso de antigüedad superior a veinte años, además se dé la circunstancia de que en todo el tiempo transcurrido no se hubiera realizado mejora alguna en el inmueble (lo que deberá manifestar el vendedor). Cuando el vendedor es persona jurídica no será aplicable esta exención. Para declarar e ingresar retenciones, se utilizará el modelo 211 (*cfr.* art. 73 del Reglamento del IPRF de 30 de diciembre de 1991, y Orden de 7 enero 1992).

Otras formas de inversión:

Solicitudes de verificación o autorización en escrito en que consten todos los datos de constitución de la entidad o institución. En supuesto de verificación con una copia del escrito y de los estatutos. En caso de autorización se acompañará (por triplicado si resuelve el Consejo de Ministros y por duplicado si otro órgano): descripción del objeto de la entidad o institución, identificación de socios o participantes especificando el objeto de cada uno (o actividad), e identificación de los entes públicos que pretendan invertir, especificando su relación con el sector público y grado de control en la gestión de la sociedad inversora.

Declaración de la inversión: Remitiendo al Registro de Inversiones *copia simple* de la escritura o del documento privado intervenido por Fedatario, junto con los estatutos si no se hubiera presentado ya. La DGTE notificará al Fedatario y al titular de la inversión la inscripción.

Liquidación de la inversión: Remitiendo copia simple de la escritura o del documento privado intervenido por Fedatario público. La DGTE también notificará la inscripción al igual que antes hemos expresado.

— Otras declaraciones:

No se agota, con lo expuesto, el tema de las declaraciones exigibles en tema de inversiones extranjeras. Hemos hecho referencia a las más importantes y desde el punto de vista de un Notario, que debe colaborar en el cumplimiento de estas normas, e informar al efecto a sus clientes.

Pero sí quiero hacer referencia al menos a las siguientes:

Cambio de residencia que da lugar a una inversión extranjera o a su liquidación. Me refiero al supuesto de residente que ha realizado en España una inversión no extranjera (inversión “doméstica”, según la jerga actual), y traslada su residencia al extranjero, y al supuesto del no residente que, habiendo realizado una inversión extranjera en España, adquiere o recupera su residencia en España.

En estos casos, según la Instrucción 2.^a de la Resolución de 6 de julio 1992, deberá declarar ante el Registro de Inversiones las inversiones que tuviera en España y que no liquide al perder la residencia (en el caso de cambio de residencia al extranjero), o en su caso la declaración de liquidación de la inversión, cuando se trate de cambio de residencia a España.

Y la Instrucción 8.^a.6, de dicha Resolución dispone que esta declaración se tramitará directamente por su titular quien cumplimentará el correspondiente impreso, retendrá en su poder los ejemplares 4 y 5 y remitirá los restantes al Registro de Inversiones en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la nueva residencia de acuerdo con el artículo 2.º del RD 1816/1992, de 20 de diciembre, sobre Transacciones económicas con el exterior. Dicha acreditación se acompañará a la correspondiente declaración de la inversión o de su liquidación.

76

“Cuenta de enlace”. Según la Instrucción 16 de la Res. DGTE 6-7-1992, las sucursales en España de personas no residentes deberán remitir a la DGTE durante el primer trimestre de cada año la “Cuenta de enlace con la casa matriz” referida al 31 de diciembre del ejercicio anterior. Dicha “cuenta” deberá incluir los siguientes datos: Dotación asignada a la sucursal, dotaciones recibidas de la casa matriz, reservas, anticipos reintegrables recibidos de la casa matriz, beneficios de la sucursal no transferidos (desglosados por años), participaciones en los gastos generales de la casa matriz (desglosados por años) y otros conceptos financieros debidos a la casa matriz y no transferidos. La remisión de dicha “cuenta de enlace” no eximirá de la correspondiente declaración al Registro de Inversiones de los conceptos incluidos en la misma, conforme a lo establecido en la presente Resolución.

Memoria. También según la misma Instrucción a que se refiere el epígrafe anterior, las sociedades españolas con participación extranjera directa y de cartera en su capital superior al 50 por 100 y cuyo capital social más reservas sea superior a 500.000.000 de pesetas, deberán presentar a la DGTE en el

plazo máximo de 7 meses contados a partir del cierre del ejercicio social, una Memoria de actividad. Dicha Memoria se presentará mediante el impreso MC-4 acompañado de copia de la última declaración del Impuesto de sociedades.

Otras memorias. Quiero referirme aquí no a la Memoria de obligatoria presentación en todo caso, cuando las sociedades reúnan los requisitos o circunstancias a que hemos aludido en el párrafo anterior. Sino a la Memoria que la DGTE puede obligar individualmente a presentar a sociedades españolas que no cumpliesen simultáneamente las condiciones a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior. Pues bien, en tal caso, la propia Instrucción 16 de la Res. 6-7-92, dispone que se utilizará al efecto el modelo impreso MC-4, en defecto de instrucciones específicas.

Aumento de participación extranjera en una sociedad a consecuencia de una reducción de su capital. En esta hipótesis, la Instrucción 16 que venimos citando, dispone que las sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 10 por 100, declararán en modelo impreso MC-R, sin necesidad de intervención de fedatario, ni de sociedad o Agencia de valores tal aumento de participación extranjera a consecuencia de la reducción de su capital. Dicho impreso MC-R, debe ir acompañado de copia de la escritura de formalización de la reducción de capital.

Exportación e importación de títulos. La exportación e importación de títulos en que se hayan materializado las inversiones referidas en la Instrucción 11 de la Resolución de 6-7-92 (es decir, en definitiva, títulos de sociedades no cotizadas) podrá efectuarse libremente. Pero dicha exportación o importación deberá declararse ante el Registro de Inversiones en el plazo de un mes, a contar de la fecha de salida o entrada de los correspondientes títulos, utilizando al efecto el impreso MC-2. En caso de reimportación o de reexportación de títulos previamente exportados o importados, se producirá una comunicación de baja de la declaración de exportación o importa-

ción, mediante la presentación por el interesado de un modelo MC-2 ante la DGTE, también en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se produzca la entrada o salida de los correspondientes títulos (Instrucción 17).

Por último conviene recordar una vez más estas normas:

Disposición Adicional 4.^a del RD 671/1992: "El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Real Decreto será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en la Ley 40/1979, de Régimen Jurídico de Control de Cambios". Entre las obligaciones impuestas por dicho RD, figura en el art. 16 la de declarar las inversiones así como su liquidación.

Instrucción 10 de la Resolución DGTE de 6 de julio de 1992:

78

"1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1 del RD 671/1992, la DGTE controlará el cumplimiento de lo establecido en la presente Resolución, y en particular el deber de declaración en debida forma al Registro de Inversiones las operaciones relativas a inversiones extranjeras y su liquidación, para lo cual podrá efectuar cuantas comprobaciones considere oportunas y solicitar de las personas o Entidades mencionadas en esta Resolución la información necesaria para este fin.

"2. El incumplimiento de la obligación de declaración al Registro de Inversiones no impedirá el ejercicio del derecho de transferencia al exterior, pero será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 40/1979, de Régimen Jurídico de Control de cambios".

IV. Noción de residente y de no residente. Su justificación

Para la noción de residente y de no residente hay que partir también hoy de la Ley de Control de Cambios, art. 4.º; y RD 1816/1991, art. 2.º A grandes rasgos, este último RD, sigue la línea del ya derogado RD 2402 de 10 de octubre de 1980. La DGTE lleva un tiempo inclinada a desmarcarse, a

efectos de inversiones extranjeras, del concepto de residente y de no residente vinculado al origen del patrimonio con cargo al cual se hace la inversión, y que se introdujo en el art. 4.º de la Ley de Control de cambios. Y esa tendencia, ha culminado en el RD 671/1992, en cuyo artículo 2.º echa ya por la borda los conceptos de residente y no residente vinculados al lugar en que se haya generado el patrimonio con el que se invierte, y por tanto también con el medio de pago de la inversión.

En efecto, en su artículo 2.º, después de borrar toda diferencia de trato entre españoles y extranjeros (salvo la presunción lógica de su apartado 4, según el cual las personas físicas de nacionalidad española y las personas jurídicas domiciliadas en España se presumirán residentes en España salvo prueba en contrario), dispone en su apartado 2 que:

— las inversiones realizadas en España por personas físicas no residentes perderán la condición de extranjeras cuando su titular adquiera la residencia en territorio español y no adquirirán tal condición las que realice a partir de ese momento cualquiera que sea el origen del capital invertido.

— Y que las inversiones realizadas en España por personas físicas residentes adquirirán la condición de inversiones extranjeras cuando sus titulares trasladen su residencia al extranjero.

Estas normas se oponen frontalmente a lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de control de cambios, y que todavía se halla en vigor.

Si en el propio artículo 2.º del RD, ya se indica que cuando la inversión que adquiere el carácter de extranjera fuera de las reguladas en el artículo 26 se aplicará a las mismas lo dispuesto en dicho artículo. Y si la DA 4.ª ordena que “El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este RD será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en la Ley 40/1979, de Régimen jurídico de Control de cambios” (en caso de falta leve, multa desde 10.000 ptas. a la mitad del contenido económico), parece que no será de extrañar que tal

contradicción normativa sea alegada cuando llegue el caso por el español que se hallara en esa hipótesis.

El problema resalta más, al establecer en la nueva Resolución de 6-7-92 un plazo para la declaración de la “inversión”, o del “pase de la inversión a la condición de extranjera”, que según hemos visto al estudiar el deber de declaración, es de seis meses a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la nueva residencia, con la consiguiente posibilidad de sanción si no se cumple. En tal caso, tratándose de español, que por el simple traslado de su residencia a territorio extranjero, va a ver transformada la condición de sus inversiones, es de presumir que alegue que la referida norma se opone a otra de rango superior.

Lo que es hoy todavía más patente, cuando el RD no se dicta en desarrollo de una LIE inexistente, sino en desarrollo o en utilización de la facultad concedida al Gobierno por el art. 2.º de la Ley de Control de cambios.

Hay un punto, en el que parece se está poniendo especial cuidado en exigir su observancia, y es el de la justificación de la condición de residente y la de no residente.

Los medios de prueba de tales condiciones de residente y de no residente se hallan especificados en el art. 2.º del RD 1816/1991. No hay más que atenerse a ellos. Pero se han planteado algunas cuestiones sobre las cuales parece oportuno decir algo.

— *Español —persona física— no residente.* La prueba de la no residencia debe hacerse de conformidad con el art. 2.º.4.a) del RD 1816/1991, mediante certificación de la autoridad consular española extendida *con una antelación máxima de dos meses*, que acredite su inscripción en el Registro de Matrícula del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Requisito éste que ya venía impuesto por el RD 2402/1980, y cuya observancia tuvo que recordarlo la DGTE mediante Carta-Circular n.º 3 de 11 de julio de 1985, ante las dudas

que planteó el RD 136 de 25 de enero de 1984 sobre inscripción de españoles en Registros de Matrícula de los Consulados en el extranjero, y en cuyo art. 7.º se prevé que se estampe en el pasaporte una diligencia en la que se hará mención del DNI o número del Registro de Matrícula que corresponda, y que le atribuye —a esta diligencia— una validez que se prolongará hasta la fecha de caducidad del pasaporte y deber ser renovada juntamente con él.

Se entendió que por ser este RD posterior al 2402 de 1980, debía de ser aplicado. La DGTE entendió en esta Carta-Circular que a efectos de control de cambios se debía aplicar el artículo 9 del RD 2402/1980 y, por consiguiente las entidades delegadas (hoy entidades registradas) debían exigir la certificación consular expedida con una antelación máxima de dos meses.

¿Valdrá al efecto la constancia de tal condición en otro documento que no sea una estricta certificación, pero que se halle cubierta por la manifestación del Cónsul español, o del Secretario de Embajada Encargado de los Asuntos consulares?

Mi contestación a la pregunta es que sí, con tal que el documento en que conste no tenga fecha anterior a dos meses. Y me baso, en que lo que se quiere es que haya constancia en forma auténtica de la *actualidad* de la no residencia, para lo cual se fija un máximo de dos meses de antigüedad a la certificación. Ahora bien, la finalidad de la norma se cumple, tanto si la certificación se contiene en un papel membretado en que se deje constancia de la aseveración por el Cónsul de la no residencia del sujeto de que se trate, como si tal aseveración se contiene por ej. en un poder ante Cónsul español, en el que tal Cónsul en funciones de Notario haga tal aseveración, o como si tal aseveración se hace en el pasaporte del interesado. Lo que sí será necesario es que la fecha del documento no sea superior a dos meses.

Recuérdese que ese fue el criterio que mantuvo la Resolución ya derogada de 25 de enero de 1975, en su norma 2,

punto 3, párrafo tercero, con la salvedad del lapso de tiempo de dos meses que a mí me parece exigible por imperativo del respeto al RD 1816/1991 (y antes al RD 2402/1980, cuando éste se hallaba vigente). En dicha Resolución se decía, en efecto, que “Los españoles residentes en el extranjero podrán, además, probar esta condición mediante pasaporte en vigor, documento de identidad consular, o escritura de apoderamiento autorizada por cónsul español, siempre que en dichos documentos conste su condición de residente en el extranjero”. Conste que la cita de la Resolución la hago “a mayor abundamiento”, para demostrar que la idea no es nueva, no para argumentar actualmente la conclusión a que llego, ya que obviamente no puede descansar en una norma derogada. No. La verdadera base en la que me apoyo es en el sentido común.

— *Extranjero —persona física— no residente.* El RD 1816/1991, art. 2.º.4.b), exige que la condición de no residente de las personas físicas extranjeras, se acredite “mediante certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio del Interior con antelación máxima de dos meses”. No hace falta decir que la exigencia del cumplimiento de este requisito, llevada con todo rigor, puede dificultar muchísimo la formalización de la inversión, ya que tal certificación no se obtiene con la rapidez que sería de desear para una circunstancia como ésta.

Consciente de tal dificultad, la DGTE en escrito de 24 de febrero de 1992 dispuso, con carácter provisional que:

“Cuando se trate de personas físicas extranjeras no residentes que hayan solicitado del Ministerio del Interior la certificación negativa de residencia a que se refiere el apartado 4.b, del artículo citado, bastará, a los efectos de formalización de la inversión extranjera, con la presentación del resguardo de presentación (*sic*) ante el Ministerio del Interior de la solicitud del certificado, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Hacer constar en el casillero 3 de la declaración al Registro de Inversiones esta circunstancia, mediante la indicación 'a justificar' a continuación del país de residencia del titular de la inversión.

b) Presentación ante el Notario interviniente y ante la DGTE del original y copia respectivamente de la certificación, tan pronto como sea obtenida. Esta obligación debe ser comunicada al inversor por el Notario."

Bien. Algo se facilita con ello el trámite de la inversión. Y por la experiencia vivida en este tema, puedo asegurar que tal resguardo diligenciado se obtiene sin tanta demora. Y este sistema a grandes rasgos fue aceptado por la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992.

Pero la exigencia de que la petición se formule "personalmente" por el inversor, impone a éste acudir a tales oficinas de la Policía, guardar cola y ya cuando se llega ante el funcionario obtener el sellado del resguardo de la petición de certificación. Compréndase que por muy campechano que sea el inversor, no es muy agradable este trámite. Más aun el sistema expuesto significa para el inversor extranjero que en "España antes de invertir hay que pasar por la policía". Es absurdo pero así lo ve el inversor. De ahí que desde el primer momento de entrada en vigor de esta norma se advirtiera por la propia DGTE tal inconveniente práctico y con evidente muestra de sensibilidad ante el problema, ha modificado la norma por otra Resolución de 26 de octubre de 1992 con arreglo a la cual las personas físicas extranjeras no residentes podrán formalizar la inversión ante fedatario público español *aun sin la certificación negativa (y aun sin el resguardo de solicitud de la certificación)* siempre que se haga la manifestación ante el Notario de su condición de no residente y acredite su nacionalidad extranjera mediante exhibición del pertinente documento, lo que se hará constar en la escritura y se reflejará en la declaración de la inversión. En todo caso el inversor deberá obtener ya a posteriori la certificación negativa y remitir a la DGTE copia diligenciada notarial

o administrativamente de la misma tan pronto sea obtenida.

Creo aconsejable que en la escritura se haga constar una cláusula en la que el inversor confiere poder a otra persona para que en su nombre tramite y obtenga la certificación negativa.

No obstante la propia Resolución en la citada Instrucción 7.^a advierte que este procedimiento sobre justificación de la no residencia por razones de urgencia, no será de aplicación en la formalización de inversiones extranjeras en sectores específicos regulados en el art. 26 del RD 671/1992.

La Resolución de la DGTE que estudiamos ahora, sobre procedimiento de tramitación y Registro de las Inversiones Extranjeras, de 6 de julio de 1992, en su Instrucción 7.^a.4 dispone que:

“Las personas físicas no necesitarán acreditar la no residencia conforme al art. 2.º del RD 1816/1991, de 20 de diciembre, cuando, no tratándose de inversiones en sectores específicos regulados en el art. 26 del RD 671/1992, exhiban ante el fedatario público certificación o escrito bancario que acredite que los importes destinados al pago de la inversión proceden de una cuenta de no residente abierta en una oficina operante en España de Entidad registrada a nombre del titular de la inversión. Dicha acreditación podrá tener reflejo en la diligencia bancaria de conformidad del cheque si se utilizase este medio de pago”.

En el caso de inversor extranjero no residente, adquirente de un inmueble sito en España propiedad de un residente, pongo por ejemplo, que pague la inversión con un cheque contra una cuenta del titular inversor, abierta en una *entidad de crédito sita en el extranjero*, o por transferencia a otra cuenta que pueda tener el vendedor residente también en el extranjero, no se puede utilizar el mecanismo que contempla la norma que acabamos de transcribir. Dicha norma no contempla este caso. No contempla el caso de pago a través de una entidad operante en el extranjero. Y no ha sido olvido. Es sencillamente que no se ha querido comprender tal hipótesis,

que tampoco cabe en la ratio (si se puede hablar de ratio) del precepto a que nos referimos, y que no es otro que facilitar el trámite de la inversión evitando al propio tiempo una duplicidad de justificaciones, cuando ya para abrir la cuenta se exige la acreditación de la condición de no residente. Obviamente esto no ocurre en el extranjero, en donde el propio residente puede hoy abrir una cuenta en pesetas o en divisas, a su nombre, de acuerdo con lo que prevé la Circular n.º 1 del Banco de España de 15 de enero de 1992.

En caso de inversiones extranjeras en valores negociables, la Instrucción 7.ª.5, se remite a lo dispuesto sobre el particular en la Instrucción 21.5. cuando la inversión se efectúe con aportación dineraria procedente de cuentas de no residentes abiertas en oficinas operantes en España de entidades registradas. Y con arreglo a dicha Instrucción 21.5:

“En los casos en que una entidad registrada realice las funciones de liquidación de la inversión, a efectos de acreditar la no residencia del titular de la inversión bastará que el pago de la inversión o desinversión se realice con adeudo o abono a una cuenta de no residente abierta a nombre del inversor en oficina operante en España de la misma entidad registrada. Dicha circunstancia se comunicará por la entidad registrada a la entidad depositaria, salvo que sea la propia entidad registrada quien realice esta función.

85

En los casos en que la entidad registrada no realice las funciones de liquidación de la inversión en el correspondiente mercado, deberá hacer constar en la correspondiente orden de abono o adeudo que remita al intermediario que realice tal función, la condición de no residente del titular de la cuenta adeudada o abonada. Tal circunstancia debe a su vez comunicarse por dicho intermediario a la entidad depositaria.”

En los supuestos de *liquidación de la inversión* no es necesario justificar la condición de no residente. Ya hay constancia de la no residencia en el propio Registro de Inversiones.

Sociedades españolas con participación extranjera en su capital. Respecto a la condición de sujeto de inversión extranjera

de las sociedades españolas con participación extranjera en su capital, así como en cuanto a las sucursales o establecimientos en España de personas no residentes, la Instrucción 7.^a.6, de la Res. de 6 de julio de 1992, dispone:

“En los casos de inversiones directas efectuadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 50 por 100, dichas sociedades manifestarán ante el fedatario público o entidad interviniente tal condición y aportarán, a los efectos de formalizar la citada inversión extranjera, certificación de la propia sociedad inversora justificativa de la participación extranjera en su capital.”

86 Piénsese que está contemplando esta norma el caso en que, por hipótesis, se sabe o se afirma por alguien que hay participación extranjera superior al 50 por 100. En tal caso se justificará en la forma antes dicha. Obviamente si no se sabe que exista tal participación, difícilmente se podrá certificar sobre un hecho como el que nos ocupa cuando las acciones sean al portador. El hecho de que haya desaparecido el sistema de publicación de listas, hace que sólo podamos ahora apoyarnos en la simple manifestación del representante de la sociedad, cuando la pueda hacer, según las circunstancias, o en la certificación de la propia sociedad en la forma vista.

En el segundo párrafo de la Instrucción 7.6, se refiere a las sucursales en los siguientes términos:

“Las sucursales o establecimientos en España de personas no residentes que efectúen inversiones extranjeras directas exhibirán ante el fedatario público o entidad interviniente el documento público otorgado ante fedatario español en el que consten los datos correspondientes a su constitución según la ley española o certificado de inscripción en el Registro Mercantil.”

V. Transmisiones entre no residentes con pago en el extranjero

Ya en la Orden de 4 de febrero de 1990 en su artículo 1.º se contenía una “regla de oro” en esta materia. En efecto, en

el primer párrafo disponía que “la calificación de una inversión como extranjera se hará atendiendo a la condición de inversor extranjero de su titular...”. Y añadía en su segundo párrafo que “dicha calificación y la aplicación del régimen correspondiente de acuerdo con las normas de inversiones extranjeras en España, es independiente de la residencia del transmitente de la inversión y del lugar en que se efectúe el pago”.

Por otra parte, el art. 4.º de la citada Orden disponía que se considerarán realizadas estas transmisiones mediante aportación dineraria exterior.

Hoy el art. 25 del RD 671/1992, se refiere a las transmisiones de inversiones entre no residentes en los siguientes términos: “Las transmisiones de inversiones extranjeras en España efectuadas en el extranjero entre no residentes y con pago en el exterior se someterán a los requisitos de tramitación administrativa que tendría que cumplir el inversor extranjero si la transmisión se efectuase en España, entre un residente y un no residente, con excepción de la justificación del medio de pago”.

Es decir, que el transmitente sea o no residente en el extranjero no afecta para nada a la calificación como extranjera de una inversión. Para tal calificación hay que atender al titular de la misma. Y para tal calificación hay que prescindir del lugar en donde se realice el pago, sea en España o en el extranjero.

Esto supuesto, si para una determinada inversión que se transmite en España por un residente a un no residente, se precisa verificación, habrá que exigirla también ahora aun cuando el transmitente de la inversión sea un no residente, y aun cuando el pago se hubiese hecho en el extranjero.

Los problemas relativos a la justificación del medio de pago quedan totalmente orillados, según hemos visto, ya que en estos casos, cuando el pago se realiza en el exterior, no es precisa la justificación del medio de pago, y claro está que no es preciso acudir a presunciones como la que establecía el art. 4.º de la ya derogada Orden de 4 de febrero de 1990.

Por otro lado, también en este caso, al menos si se forma-

liza la inversión en España, deberá justificarse la condición de no residente, salvo que el pago, aun hecho en el extranjero, se hiciera con cargo a una cuenta de no residente abierta en oficina operante en España de Entidad registrada a nombre del titular de la inversión.

VI. Medios de pago de la inversión. Justificación del medio de pago

88

Vaya por delante una afirmación: una cosa es la libertad de los medios de pago, y otra distinta es su justificación. El RD 1816/1991 liberaliza los medios de pago. En general los cobros y pagos entre residentes y no residentes están liberalizados. Pero, repito, el tema de su justificación ante Notario a la hora de formalización de una inversión, sigue en pie. ¿Hay alguien que dude que la aportación dineraria a una sociedad anónima, en el momento de su constitución, siendo todos españoles y residentes, a mayor abundamiento, es totalmente libre? Pero debe justificarse. La ratio de esta justificación, es, por supuesto, ajena al control de cambios, en el ejemplo que acabo de poner. Pero demuestra que libertad, y necesidad de justificación no están reñidas.

En tema de inversiones, y con la liberalización proclamada por el RD 1816/1991, se podría cuestionar si hay razones suficientes, en la actualidad para mantener la exigencia de tal justificación, y si no sería bastante con la mera declaración.

Sin embargo, la necesidad de asegurar que el proceso de la formalización de una inversión en España se lleva a cabo ordenadamente, el interés del titular de la inversión y el de quien se la transmite, a los que debe dedicar especial atención el Notario, impidiendo que incurran en alguna infracción de control de cambios, y la colaboración de todos en la lucha contra los delitos a que se refiere la Exposición de Motivos del citado RD, pueden apoyar la necesidad de exigencia de la justificación del medio de pago.

Pero vayamos por partes, y distingamos entre el medio de pago de la inversión y su justificación.

— *Medio de pago de la inversión.*

Hoy los medios de pago de la inversión son libres. La libertad de medios de pago de la inversión es una consecuencia lógica de la libertad proclamada en esta materia por el RD 1816/1991, y lo tiene además expresamente reconocido la DGTE en Carta-Circular n.º 1, de 29 de enero de 1992 (hoy sustituida por la n.º 4 de 22 de junio de 1992). E implícitamente el RD 671/1992, en su art. 3.º

Con la plena convertibilidad de la peseta (hoy toda peseta es convertible, y ya no tiene sentido la distinción entre pesetas convertibles y ordinarias), con la posibilidad por tanto de efectuar los cobros y pagos exteriores en pesetas o en divisas, o mediante entrega de otros bienes, ya no hay necesidad de subordinar la libertad de inversión al empleo de unos medios de pago predeterminados (antes en el artículo 2.º LIE, y en el 2.º RIE, ambos derogados). Y esa es la lógica postura que ha adoptado el RD 671/1992.

Debemos tener presente que se puede utilizar cualquier medio de pago, todo además según la naturaleza jurídica del negocio, porque, obviamente si la inversión consiste en una compra de un bien, la compra tendrá que ser mediante precio en dinero o signo que le represente (con la salvedad, claro es, de la hipótesis del art. 1.446 del Código Civil).

Si es en dinero, se puede plantear el problema de si tal pago se puede efectuar en billetes directamente del comprador al vendedor, o si por el contrario ha de hacerse a través de una entidad registrada.

El artículo 5.º del RD 1816 de 20 de diciembre 1991, parte de la regla de que los cobros y pagos entre residentes y no residentes, así como las transferencias del o al exterior, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, deberán efectuarse a través de una entidad registrada, pero añade: “con las excepciones señaladas en los artículos 6.º y 7.º (el 6.º se refiere

a cobros y pagos mediante abonos o adeudos en cuentas de residentes abiertas en el extranjero; y el 7.º a cobros y pagos mediante moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador).

Y el artículo 18.1, del RD 671/1992, dispone que “los cobros y pagos derivados de las inversiones extranjeras y de su liquidación, se efectuarán a través de entidades de depósito, financieras y de crédito inscritas en los Registros Oficiales del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de valores, con el alcance y condiciones a que se refieren el artículo 5 y la DA 2.ª del RD 1816/1991, sobre transacciones económicas con el exterior, así como en la forma prevista en los artículos 6 y 7 del indicado Real Decreto”.

Es decir que, en definitiva, los cobros y pagos derivados de la inversión extranjera o de su liquidación, *podrán* efectuarse o a través de una entidad registrada, o a través de un banco en el extranjero, o mediante billetes de banco, cheques bancarios al portador o en moneda metálica, o mediante bienes o derechos que no constituyan signos representativos del dinero, es decir, mediante las llamadas o aportaciones no dinerarias.

Desde el momento en que los pagos y cobros no han de ser necesariamente en dinero, no se puede proclamar que los cobros y pagos derivados de la inversión extranjera deben efectuarse a través de una entidad registrada, siempre.

Ahora bien, cuando es en dinero porque así lo quieren las partes, o porque así debe ser según la naturaleza del negocio jurídico a través del cual se realiza la inversión, no debe de haber imposibilidad para que una norma exija que el pago se realice a través de una entidad registrada, como expresamente lo exige el art. 40 del TRSA cuando se trata de aportaciones dinerarias a una SA en la hipótesis de su constitución o de su ampliación de capital. No es contrario a la libertad de movimientos de capital el exigir que los pagos se efectúen a través de una entidad registrada ¿O sí que lo es? Quien esto afirmara debería resolver el problema planteado entonces en los casos de constitución de SA o de su aumento de capital, según la

nueva legislación, promulgada, además, para adaptar nuestras normas a las comunitarias.

Por otro lado, el pago de la inversión a través de una entidad bancaria o de crédito será lo común en el caso de pago mediante dinero, es decir “*id quod plerumque accidit*”. Me refiero a una inversión de importante cuantía en la que no es imaginable, en las hipótesis generales, que el inversor transporte los billetes, con el riesgo que conlleva, ni siquiera en el caso en que tales billetes los haya adquirido en España en retribución de alguna prestación suya de dar, hacer o no hacer. Ciertamente que cabe en un tipo de inversión que se da en la práctica con frecuencia, en la compra de modesto número de acciones de una SA, o de participaciones de una SL. Y aun en las demás de mayor cuantía, que aun siendo cierto que huir del peligro es cordura y no temerlo es locura, no se puede descartar la existencia de amantes del riesgo, que prefieran acudir al pago de la inversión por medio de billetes o de cheques bancarios al portador.

91

Aunque no existe inconveniente legal en que se hubiese exigido que en el caso de pago mediante dinero tal pago deba efectuarse a través de una oficina operante en España o en el extranjero de una entidad registrada o de una entidad bancaria o de crédito extranjera. Lo cierto es que no ha sido así, y se permite el cobro o pago, a través de entidad registrada o mano a mano mediante billetes o cheques bancarios al portador (la entrega de moneda metálica no vale la pena considerarla). Y claro es que en las hipótesis de inversión en la constitución de una sociedad o en la ampliación de su capital, por exigencias del TRSA (art. 40) y RRM (art. 132) el pago debe efectuarse mediante ingreso en una cuenta a nombre de la sociedad destinataria de la inversión en una entidad de crédito (y las entidades de crédito por lo general, son a la vez entidades registradas).

Una cosa es indudable: la utilización del mecanismo de pago a través de una entidad registrada, con cargo a una cuenta de no residente, facilitará los trámites de la operación

por cuanto en tal caso según hemos visto antes, no será preciso la acreditación de la no residencia.

La DGTE dictó unas instrucciones provisionales en tanto no se publicara el que hoy es el RD 671/1992, y la Resolución en preparación entonces que hoy es la de 6 de julio de 1992. Tales instrucciones o criterios de la DGTE se recogieron en escrito de 24 de febrero de 1992, que se circuló por la DGRN a todos los Notarios, y que básicamente han sido recogidas en la Resolución de 6 de julio de 1992.

Hoy el régimen legal es el siguiente:

A) Los pagos y cobros derivados de una inversión pueden realizarse en dinero, o con bienes que no sean dinero (aportación no dineraria).

a) Pago en dinero. Se puede llevar a cabo:

— A través de una entidad registrada (art. 5.º RD 1816/1991).

— Por medio de una cuenta de residente abierta en el extranjero (art. 6.º del RD 1816/1991).

— En metálico, billetes de banco o cheques bancarios al portador en su caso (art. 7.º del RD 1816/1991).

b) Pago con bienes distintos al dinero (aportación no dineraria).

B) En cuanto a la prueba o justificación del medio de pago la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992 en su instrucción 7.ª distingue según que el pago se haya producido antes o en el momento de formalizar la inversión, o después.

a) *Pago antes o en el momento de formalizar la inversión:*

a') Si se emplea cheque bancario al portador, billetes de banco o moneda metálica por importe superior a un millón de pesetas, se exhibirá según los casos:

— Si tales medios de pago han sido importados por el inversor, el impreso B1 a que se refiere la DGTE en Resolución de 7 enero 1992, diligenciado en la oficina de entrada de la Aduana.

— Si tales medios de pago los obtuvo en España el inversor, debe exhibir el impreso B3 a que se refiere la misma Resolución debidamente diligenciado por una entidad registrada.

— Si tales medios de pago los ha obtenido el inversor de una entidad registrada, con cargo a cuenta de no residente abierta en España en una entidad registrada, exhibirá el “documento bancario” que acredite que los referidos medios de pago proceden de adeudo en la cuenta que el no residente inversor mantenga en la oficina operante en España de la entidad registrada.

El fedatario público incorporará a su protocolo los modelos B1, B3 o el documento bancario referido. No obstante, a petición del inversor o en el caso de que los citados modelos fueran comprensivos de cuantías superiores al importe de la inversión, el fedatario pondrá en ellos nota firmada y sellada en la que se indicará la cuantía aplicada e incorporará a su protocolo fotocopia de los mismos (Instrucción 7.^a.7.a, Resolución DGTE de 6 julio 1992).

b') Si se emplea cheque bancario nominativo, cheque personal, o cualquier otro medio (se entiende a través del sistema bancario), su procedencia se justificará mediante documento bancario que refleje que tales medios de pago proceden o se han librado con cargo a una cuenta abierta en el extranjero o una cuenta abierta en España a nombre de un no residente. Podrá también reflejarse en la diligencia bancaria de conformidad del cheque, si se utilizara este medio de pago (Instrucción 7.^a.7.b, párrafo primero, Resolución DGTE 6 de julio de 1992).

b) *Pagos efectuados con posterioridad a la formalización de la inversión.*

Cuando el pago haya de efectuarse con posterioridad a la formalización de la inversión, deberá hacerse constar esta circunstancia en el modelo impreso de declaración de la inversión que corresponda al Registro de inversiones.

Cuando los importes aplazados se satisfagan por alguno de los medios indicados en los apartados anteriores y se produzca nueva comparecencia ante Notario, será necesaria la presentación de la documentación indicada para estos medios de pago en dichos apartados (Instrucción 7.^a.7.b, párrafos segundo y tercero, Resolución DGTE 6 julio 1992).

c) *Pagos efectuados en metálico, billetes de banco o cheques bancarios al portador, inferiores a un millón de pesetas.*

Parece que en estos casos no se exige justificación documental alguna, puesto que tanto la importación de estos medios de pago, como su utilización para cobros y pagos entre residentes y no residentes, cuando su importe sea igual o inferior a un millón de pesetas, no está sometido a declaración (*cfr.* Instrucciones 2.^a y 6.^a de la Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992. También la Instrucción 7.^a.7,a) de la Resolución de 6 de julio de 1992).

d) *Pagos mediante aportación no dineraria.*

Tanto el RD 671/1992 (art. 3.^o), como la Resolución de 6 de julio de 1992 (Instrucción 7.^a.8) disponen en cuanto a los mismos que deberán valorarse conforme a los criterios y en la forma que la legislación mercantil tiene previstas para las aportaciones no dinerarias.

Estos preceptos han causado una cierta preocupación ante el temor de que se pretendiera imponer unos trámites no exigidos por la legislación sustantiva civil y sólo, de momento, para las sociedades anónimas en ciertos supuestos. Por otro lado, tal interpretación significaría aceptar una invasión de la esfera normativa, hasta ahora con rango de Ley, por un simple Decreto, o por una simple Resolución.

No. No es así. El precepto es desafortunado en su redacción. Pero no ha pretendido reformar ni la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (lo que hubiera sido ridículo, dado el rango), ni el Código Civil (faltaría más), ni ninguna otra disposición. Simplemente ha querido decir que en caso de

inversión extranjera, se observarán para el inversor extranjero, en tema de valoración, las mismas normas que pudieran ser aplicables al negocio jurídico de que se trate en caso de que fuera no una inversión extranjera sino una inversión doméstica.

C) Pago realizado por el inversor no residente al residente por medio de cheque o transferencia en el extranjero, ingresando su importe en una cuenta en divisas o en pesetas del residente abierta en el extranjero.

Esta posibilidad está admitida actualmente dada la libertad de cobros y pagos entre residentes y no residentes y dada la libertad de que gozan los residentes para apertura de cuentas en divisas o en pesetas en oficinas operantes en el extranjero de entidades registradas o en entidades bancarias o de crédito extranjeras, cuestiones éstas de las que me he ocupado en otros temas.

95

En este momento lo que interesa es destacar que la justificación del medio de pago en estos casos (no previsto especialmente ni por la Resolución de 6 de julio de 1992, ni por el RD 671/1992), entiendo que debe producirse, o mediante certificación bancaria (del banco o entidad en la que se hallare la cuenta en la que se abona) si tal pago se produjo antes de la formalización de la inversión, o, si se produce en el acto de la formalización (y puesto que en este caso, el ulterior ingreso en la cuenta del no residente es, en el momento de la formalización, sólo un puro propósito del residente sin trascendencia jurídica actual), en la forma que antes hemos visto en el epígrafe B), a), anterior.

D) Declaración de la inversión. Aspectos relativos al medio de pago.

Según la propia DGTE en un escrito de 24 de febrero de 1992, que fue circulado a los Notarios a través de la DGRN (y con relación a los impresos que todavía hoy se hallan en vigor, hasta que no entren en vigor los nuevos que prevé la

Resolución de 6 de julio de 1992, en el casillero 11 de la declaración al Registro de Inversiones, además de la información correspondiente a dicho casillero habrá de consignarse: a) La forma de realización del cobro o pago, según lo visto en el apartado A; b) Nombre y NIF de la persona residente que vaya a efectuar el cobro o pago exterior, ya sea el propio transmitente, ya sea otra persona que lo efectúe por su cuenta o en su nombre. Este criterio puede estimarse aplicable hasta que no entren en vigor los nuevos modelos impresos.

La Resolución de 6 de julio de 1992, en su Instrucción 7.ª, apartados 9 y 10, dispone que:

Cuando para la realización de las inversiones extranjeras se aporten activos sitos en España que tengan el carácter de inversión extranjera, deberá tramitarse simultáneamente la declaración de la liquidación de la inversión de que se trate.

96 Si se aportasen activos sitos en el exterior, la persona física o jurídica residente que adquiera dichos activos como consecuencia de la operación de inversión extranjera en España deberá acreditar ante el fedatario público o entidad interviniente el cumplimiento de los requisitos de declaración al Registro de Inversiones, de acuerdo con el Real Decreto 672/1992, de 2 de julio, sobre Inversiones Españolas en el Exterior.

E) *Aplazamientos y anticipos de pago.*

Según el art. 18.2 del RD 671/1992: “Los aplazamientos y anticipos de pago de las inversiones extranjeras en España son libres, aun cuando las inversiones con las que se relacionen estén sujetas al trámite de verificación o autorización previas”.

Este precepto está redactado con la influencia del subconsciente creado con el discurrir de años bajo una legislación que regulaba la materia con enfoques bien distintos a los actuales. Digo esto porque no había necesidad de proclamar que los aplazamientos y los anticipos son libres, cuando las normas actuales proclaman la libertad de los cobros y pagos y ningún precepto de la legislación actual los somete a condicionamiento alguno. Que ahora se diga que los aplazamientos y los anticipos

son libres aunque las inversiones con las que se relacionen estén sujetas al trámite de verificación o autorización previa, me parece innecesario. Aunque en tiempos de transición puede servir para ahorrar a muchos intérpretes un esfuerzo hermenéutico.

Con referencia a los aplazamientos en las inversiones en sociedades no cotizadas, la Instrucción 14.5, de la Res. de 6 de julio de 1992, expresamente reconoce que *“el pago de cantidades aplazadas o dividendos pasivos no constituye una nueva inversión”*.

Y en tema de inversiones en bienes inmuebles, con relación a las cantidades entregadas a cuenta, bien directamente a un promotor, bien a un cesionario residente, para la adquisición de edificios en construcción al amparo de la legislación aplicable al efecto, la Instrucción 34.5 de dicha Resolución, ordena que no se cumplimentará la declaración (el modelo impreso MC-3A), “hasta que se otorgue la escritura notarial de adquisición. En dicha escritura —dice esta Instrucción— se dejará constancia de la justificación de las referidas cantidades entregadas a cuenta”.

97

VI. Especialidades de las inversiones extranjeras en sectores de regulación específica (o sectores específicos)

Se refiere a esta materia el Capítulo VIII del RD 671/1992, con un solo y amplísimo artículo en el que pretende recoger las normas que hasta la vigencia de la nueva regulación regían esta materia después de las últimas reformas de las Leyes de Presupuestos ya aludidas.

Para ellas se exige autorización cuya competencia es del Consejo de Ministros, siempre que el sujeto inversor no sea *residente* en país comunitario, salvo a su vez que se refiera a las actividades de producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, o explotación de servicios finales y portadores de telecomunicación para las que, también

a los residentes en países comunitarios se les exigirá la previa autorización (todo ello al amparo del art. 223,1,b, del Tratado de Roma).

Dice el artículo 26 del RD 671/1992:

“1. Requerirán autorización del Consejo de Ministros las inversiones extranjeras en sociedades españolas cuya actividad sea alguna de las siguientes:

— Juego.

— Televisión.

— Radio.

— Transporte Aéreo.

— Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.

— (Como luego veremos hay que añadir actualmente a esta lista el sector de las *empresas de seguridad*.)

“A estos efectos, tendrán la consideración de actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, entre otras, las actividades que se destinen a la producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, así como a la explotación de minerales de interés estratégico, y a la explotación de servicios finales y portadores de telecomunicaciones.

“2. Obtenida la autorización administrativa, de acuerdo con lo establecido en el presente artículo, se requerirá previa autorización del Consejo de Ministros para toda modificación del objeto social, aumento de capital o incremento del porcentaje de participación extranjera que hubiera sido autorizado, así como para la modificación de cualquier condición que la anterior autorización administrativa hubiera impuesto. Otras modificaciones requerirán autorización previa del Director General de Transacciones Exteriores.

“3. En el supuesto de concesionarios de servicios finales o portadores de telecomunicación que fuesen personas jurídicas, la participación en su capital de personas físicas no residentes o de personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, ya sea directamente o a través de sus filiales o establecimientos

en España, queda liberalizada con carácter general hasta el 25 por ciento de dicho capital.

“Superado el indicado porcentaje, se requerirá autorización del Consejo de Ministros para cualquier otra toma de participación adicional por inversores extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Ministros podrá autorizar, asimismo, con carácter general y a petición de las autoridades concesionarias (*sic*), una participación extranjera en su capital social por encima de dicho porcentaje y hasta el límite que al efecto se establezca.

“A los efectos de determinar el porcentaje de participación extranjera no comunitaria en sociedades españolas admitidas a cotización cuya actividad esté sujeta a régimen especial, se computarán las participaciones accionariales de titulares residentes en países no pertenecientes a la CEE que individualmente superen el 5 por 100 del capital de la sociedad española o las que, sin alcanzar este porcentaje, permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración, todo ello de conformidad con lo previsto en el RD 337/1991, de 15 de marzo, sobre comunicaciones de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias.

“4. El régimen de autorización previsto en los apartados 1 y 2 precedentes no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la CEE, cuyas inversiones se someterán al régimen general regulado en el presente Real Decreto, salvo que la inversión tenga por objetos actividades de producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, o explotación de servicios finales y portadores de telecomunicación en cuyo caso se someterá al régimen de autorización previsto en este artículo.

“A estos efectos, no tendrán la calificación de inversiones efectuadas por residentes comunitarios las realizadas por sociedades o entidades domiciliadas en la CEE que se encuentren controladas directa o indirectamente por residentes no comunitarios.

“5. Los proyectos de inversiones extranjeras en los sectores de actividad mencionados en los números anteriores sujetos a autorización se presentarán para su tramitación ante la DGTE. Dicho Centro directivo tramitará el correspondiente expediente con sujeción a lo previsto en el artículo 24.2 del presente Real Decreto y lo elevará al Ministro de Economía y Hacienda para que éste efectúe la pertinente propuesta al Consejo de Ministros. Las inversiones extranjeras que se efectúen en los sectores de actividad mencionados en los números anteriores se regularán por sus disposiciones específicas, en lo no regulado en el presente Real Decreto.”

La DA 3.^a en su punto 2, exige autorización especial del Consejo de Ministros para la adquisición a título lucrativo “mortis causa” o “intervivos” de inversiones en España en sectores específicos por residentes en países no comunitarios.

La lista de sectores de regulación específica, ha sufrido grandes alteraciones desde la LIE de 31 de octubre de 1974, debida muchas veces a la tendencia de algunos departamentos ministeriales a que se declare como sector específico el o los referentes a determinadas actividades, a veces con ánimo de protección a las industrias nacientes o infantiles para favorecer el desarrollo de las mismas aunque haya sido más que dudoso que la finalidad pretendida se haya conseguido. Otra tendencia ha sido la de limitar los sectores específicos a aquéllos que comprenden actividades que, por razones de orden público no se considera conveniente pueda estar dominado por inversores extranjeros. Las dos tendencias han tenido reflejo en las sucesivas modificaciones, y aun en la diversidad de normas de rango jurídico no siempre suficiente, que han tratado de fijarlos.

Ya la LIE de 27 de junio de 1986, en su art. 20.2, proclamaba que “la creación de cualquier otro sector de carácter específico o la modificación de los anteriores precisará norma con rango de ley”.

Lo que ocurre es que, ya definidos los sectores específicos por Ley, y así lo hizo el art. 20.1, de dicha LIE, el Reglamento, en su art. 26, expresaba que “tendrán la consideración de actividades relacionadas con la defensa nacional *entre otras*, las actividades que se destinen a la explotación de minerales de interés estratégico, así como a la explotación de los servicios de telecomunicaciones”. Con lo cual, el Reglamento, es decir, por Decreto, no se definían nuevos sectores, pero se determinaba que ciertas actividades se consideraban incluidas en un sector ya definido.

Ya la DA 9.^a de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1991, modificó el art. 20 de la LIE de 1986, en términos que sustancialmente han pasado a la Ley de 1 de julio de 1992. Y en la nueva redacción dada por la Ley 31/1991 se suprimió la exigencia del punto 2 del art. 20 de la LIE de 1986, de que la creación de nuevos sectores había de precisar norma con rango de Ley. Y tal supresión se mantiene en la vigente Ley 18, de 1 de julio de 1992, que como es sabido deroga la LIE de 27 de junio de 1986, y define los sectores específicos. Aunque ciertamente la modificación en el futuro de esta Ley de 1 de julio de 1992, precisará que se haga mediante otra Ley.

Veamos ahora brevemente los diversos sectores vigentes en el día de hoy:

1. *Juego*

El RD 671/1992, deroga el RD 1026 de 28 de marzo de 1977, y la Orden de 30 de mayo de 1977, ambas disposiciones sobre inversiones extranjeras en empresas que se dediquen a la explotación de juegos de azar. Es de notar que entre los preceptos del RD 1026/1977 derogado, el art. 2.º disponía que “la participación extranjera en las mismas (se refiere a las entidades que se dediquen a la explotación de juegos de suerte, envite o azar y apuestas) no podrá superar en ningún caso, el 25 por 100 de su capital social, teniendo en

cuenta para su cómputo lo previsto en el RIE, aprobado por Decreto 3022/1974 de 31 de diciembre, en especial lo que disponen sus artículos 1.º.3, y 7.º”.

En consecuencia, volvemos:

Al Real Decreto-Ley 16 de 25 de febrero de 1977, “por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas. Y en su artículo 4.º.3, se determina que “La participación extranjera en el capital de las sociedades o empresas que se dediquen a las actividades reguladas en este Real Decreto-Ley será determinada reglamentariamente cuando el Gobierno decida que dicha participación sea inferior al porcentaje que venga fijado con carácter general”.

Y al Real Decreto 444 de 11 de marzo de 1977, por el que se dictan normas complementarias del antes citado Real Decreto-Ley. Entre éstas destacan las de sus artículos 3.º que prevé la creación de Casinos de Juego para lo que será precisa la oportuna autorización del Ministerio de la Gobernación (hoy del Interior), que se otorgará discrecionalmente atendiendo a una previa planificación de conjunto que respecto de todo el territorio nacional apruebe el Gobierno, y el 7.º, que crea la Comisión Nacional del Juego.

Parece que en principio para toda participación extranjera, cualquiera que sea su cuantía y porcentaje, será precisa la autorización administrativa, como también se requiere para la transmisión de las acciones o participaciones sociales en las entidades que tengan un objeto comprendido en este sector. Esta autorización creo debe ser independientemente de las que puedan exigirse en cada caso según la modalidad del objeto social.

Para los Casinos de Juego, el Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Orden de 9 de enero de 1979, exige en su art. 4.º para las empresas titulares de un Casino de Juego, que tengan forma anónima, nacionalidad española y domicilio en España, objeto social exclusivo, aunque podrá comprender la titularidad de los servicios complementarios a que se refiere

el art. 3.º (bar, restaurante, salas de estar, salas de convenciones, espectáculos o fiestas, teatro, cinematógrafo, salas de conciertos, de exposiciones, piscinas e instalaciones gimnásticas o deportivas, y establecimientos de compra), capital social mínimo de 200.000.000 de pesetas totalmente suscrito y desembolsado, y cuya cuantía no podrá disminuir durante la vida de la sociedad, acciones nominativas, participación de capital extranjero no superior al 25 por 100 “conforme a lo dispuesto en el RD 1026 de 28 de marzo de 1977”, y administración colegiada, con administradores personas físicas sin que el número de los no españoles pueda exceder del proporcional a la parte de capital extranjero. “Si alguno de los administradores fuese extranjero sus facultades deberán ser mancomunadas y no solidarias” (*sic*), y en todo caso el Presidente del Consejo de Administración, y el consejero-delegado o cargo asimilado, habrán de ser de nacionalidad española. Y en fin ninguna persona natural o jurídica podrá ostentar “participaciones accionarias” (*sic*) en más de tres sociedades explotadoras de Casinos de Juego. “A estos efectos se entenderá que existe identidad entre las personas o sociedades que formen parte de un grupo financiero” (*sic*).

103

Llama la atención, entre otros detalles (como el de su “terminología”), el relativo a la limitación del porcentaje de participación extranjera al 25 por 100 de la cifra del capital social, “conforme a lo dispuesto en el RD 1026 de 28 de marzo de 1977”. Y llama la atención ahora, porque al haber sido derogado tal RD, parecen surgir razonables dudas acerca del mantenimiento en la actualidad de tal porcentaje, y más bien creo que no debe mantenerse.

Por otro lado, el artículo 20 del citado Reglamento, exige autorización expresa del Ministerio del Interior para modificar la escritura de constitución o los estatutos en cuanto a régimen jurídico de las acciones, y a la estructura y facultades de los órganos de administración, así como para constituir cargas reales de cualquier naturaleza sobre el inmueble o inmuebles en que el Casino se asiente, para modificar el contrato entre

la sociedad y el Director de Juegos, introducir modificaciones sustanciales en el edificio o locales del Casino o en sus medidas de seguridad, y para modificar el régimen de prestación de la fianza.

Y el artículo 19 dispone que las transmisiones de acciones sólo requerirán autorización previa, cuando por sí solas o acumulativamente, supongan el cambio de titularidad de más del 5 por 100 del capital social, o cuando, cualquiera que sea el número de acciones transmitidas, el adquirente sea extranjero.

En todo caso —añade el precepto—, la sociedad deberá comunicar a la Comisión Nacional del Juego todas las transmisiones de acciones que no requieran autorización previa dentro de los quince días siguientes a la conclusión del acuerdo.

Si el adquirente de las acciones fuese una sociedad u otra persona jurídica, la autorización podrá condicionar la transmisión a la sujeción de la entidad adquirente al régimen de autorización para la transmisión de sus acciones previsto en el apartado anterior o a la modificación de su régimen jurídico.

También se requiere autorización del Ministerio del Interior, según dicho artículo 19 para:

Modificar el emplazamiento del Casino de juego, y para modificar el régimen de funcionamiento del Casino en cuanto a Horario máximo de funcionamiento (caso en que se requerirá previo informe del Gobierno Civil), y en cuanto a temporada de apertura (caso en el cual se requiere informe previo del Ayuntamiento correspondiente).

Todas las normas dictadas con carácter general, sin atención a la residencia o nacionalidad, serán obviamente aplicables a los extranjeros o en general a los residentes en el extranjero, sean o no residentes en países miembros de la CEE. Pero en cuanto supongan límite a la inversión extranjera, discriminada de la inversión “doméstica”, no serían aplicables a los residentes en Países miembros de la CEE, según estudiaremos después en el epígrafe 6.

Para las sociedades que tengan por objeto empresas de fabricación, importación, exportación, reparación o explotación de máquinas recreativas y de azar, el Reglamento aprobado por RD 593 de 27 de abril de 1990, exige para las mismas un capital mínimo de 15.000.000 de pesetas, con acciones nominativas, y para su transmisión se precisa autorización de la Comisión Nacional del Juego (art. 25). Por otro lado, en su artículo 24 se ordena que estas sociedades deberán inscribirse en un registro especial que se lleva en la Comisión Nacional del Juego.

2. *Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.*

La Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, en su artículo 3.º.A, consideraba como industrias directamente relacionadas con la Defensa Nacional “las que en tiempos de paz fabriquen normalmente material de guerra o elementos de aplicación inmediata a la misma”.

Pero este concepto, se ha visto rebasado por las modernas concepciones de la Defensa Nacional, que han tenido reflejo en anteriores regulaciones de los sectores específicos, y hoy en la Ley 18/1992, y en el RD 671/1992.

En efecto, el art. 26.1, párrafo 2.º, declara que “tendrán la consideración de actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, *en todo caso*, las actividades que se destinen a la producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, así como a la explotación de minerales de interés estratégico, y a la explotación de servicios finales y portadores de telecomunicaciones”.

Es decir que se comprenden en este epígrafe que estudiamos ahora, *en todo caso* (en el RIE derogado se decía: *entre otras*), las siguientes actividades:

— *Producción y comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra.* Estas son las más típicas actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional, casi literal-

mente tomadas en su expresión literaria, del art. 223.1.b, del Tratado de Roma, con la única variante de añadir el concepto “explosivos”. En este art. 223.1.b, se permite que todo Estado miembro pueda adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra, aunque las medidas no pueden alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares. Afecta la limitación a los no residentes, cualquiera que sea su nacionalidad, y cualquiera que sea el país de residencia, incluso a los residentes en países miembros de la CEE.

El Reglamento de Armas y Explosivos, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1981, en su artículo 8.º dispone:

106

“Los titulares y directivos de las empresas que se dediquen a la fabricación de armas de fuego y de réplicas de las mismas susceptibles de hacer fuego han de ser ciudadanos españoles y tener su domicilio en territorio nacional.

Cuando la titularidad corresponda a una persona jurídica, además de ser ésta de nacionalidad española y tener su domicilio en el país, deberán ser españoles sus representantes legales y dos tercios, al menos, de los miembros de su Consejo de Administración. Cualquier variación que afecte a los representantes o consejeros de la entidad deberá ser notificada al Ministerio de Industria y Energía, que lo pondrá en conocimiento del Ministerio del Interior.

La participación económica extranjera directa o indirecta en las empresas no podrá exceder, bajo ningún concepto, del 40 por 100 de su capital. Las alteraciones que se produzcan dentro de dicho porcentaje tendrán que comunicarse al Ministerio de Industria y Energía.”

Que la participación extranjera no pueda exceder del 40 por 100, *bajo ningún concepto*, no quiere decir que dentro del 40 por 100 sea libre la inversión. A falta de precepto que

liberalice este porcentaje, hay que entender aplicable la regla antes dicha de aplicación general a las actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, es decir que la inversión queda sujeta a la previa autorización del Consejo de Ministros, y la regla es de observancia también para los residentes en Países de la CEE.

— *Explotación de minerales de interés estratégico.* No están definidos los minerales que tengan este interés estratégico. En la actualidad (octubre, 1992) no se ha declarado a ningún mineral como de valor estratégico. Cuáles deban ser dependerá en cada momento de las exigencias de la Defensa Nacional, y además en función de la situación de escasez o abundancia de ciertos recursos indispensables para la Defensa.

La DGRN ha tenido presente este concepto, ya existente en el art. 26 del derogado RIE de 25 de septiembre de 1986, para exigir que cuando se trate de sociedades con objeto social minero se haga especial salvedad, o previsión, de los minerales de valor estratégico, al menos cuando, dada la composición del accionariado inicial, podría ser necesaria para la constitución (o negocio de que se trate) la autorización del Consejo de Ministros. Véase al efecto la Resolución de 16 de marzo de 1988.

La inversión extranjera requiere previa autorización del Consejo de Ministros, salvo que el inversor sea residente en País miembro de la CEE, ya que para este “subsector” se les excluye de la necesidad de autorización (*cfr.* art. 26.4, RD 671/1992).

— *Explotación de servicios finales y portadores de telecomunicaciones.* En el art. 26 del derogado RIE, se hablaba de “explotación de los servicios de telecomunicaciones”. El RD 671/1992, lo concreta a los servicios finales y portadores, pero no a los demás comprendidos en el concepto de “telecomunicaciones”, como son los servicios de valor añadido, y los servicios de difusión, estos últimos con tratamiento diferenciado según veremos.

Según la Ley 31 de 18 de diciembre de 1987, de Ordenación

de las Telecomunicaciones, los servicios civiles de Telecomunicación pueden ser: finales, portadores, de valor añadido, y de difusión.

Servicios finales son aquellos servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal, y que generalmente requieren conmutación (art. 13.1, Ley 31/1987).

Ejemplos de estos servicios: el telefónico básico, el télex y el de telegramas.

Se caracterizan por tanto en que los usuarios pueden comunicarse entre sí: el sonido y en su caso la imagen, no va en una sola dirección o sentido, sino en ambos, entre las dos o varias personas que se intercomunican.

Servicios portadores son los servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación de red definidos (art. 14.1, Ley 31/1987).

Los puntos de terminación de red a que hace referencia la definición de servicios portadores deberán estar completamente especificados en todas sus características técnicas y de explotación en los correspondientes reglamentos técnicos.

El usuario podrá conectar a los puntos de terminación de red cualquier aparato o equipo de su propiedad, arrendado o cedido mediante cualquier otro título jurídico válido por la entidad explotadora del servicio portador o por otra entidad, siempre que el mismo disponga de los correspondientes certificados de homologación y de aceptación de las citadas especificaciones, a fin de garantizar tanto la seguridad del usuario como el correcto funcionamiento de la red de telecomunicación a que esté conectado, todo ello de acuerdo con los procedimientos establecidos en el art. 29.

Los servicios portadores se prestan por gestión directa o indirecta por entidades que sean a su vez explotadoras de servicios finales de telecomunicación, salvo que se trate de servicios portadores que se utilicen como soporte de servicios de difusión o para la transmisión de imágenes, en cuyo caso

se explotan por gestión directa de una entidad pública a la que se le atribuya por Real Decreto la prestación de estos servicios o por gestión indirecta a través de una entidad titular de servicios finales de telecomunicación, previa la correspondiente concesión administrativa.

A diferencia de los servicios finales que transmiten señales en las dos direcciones, y de los servicios de difusión que transmiten señales en un solo sentido, los servicios portadores no transmiten señales, sino que proporcionan la capacidad necesaria para transmitirlos.

Servicios de valor añadido son los servicios de telecomunicación que, no siendo servicios de difusión, y utilizando como soportes servicios portadores o servicios finales, añaden otras facilidades al servicio soporte o satisfacen nuevas necesidades específicas de telecomunicación (art. 20.1, Ley 31/1987).

Tales son acceder a información almacenada, enviar información o realizar el tratamiento, depósito y recuperación de información.

Los servicios de valor añadido se prestan en régimen de libre competencia. Su explotación podrá ser realizada por cualquier persona física o jurídica en los términos previstos en la Ley 31/1987. Estos servicios no tendrán la consideración de servicio público y su explotación requerirá previa autorización administrativa (no concesión administrativa).

Se exceptúan de los servicios regulados en los artículos 22 y 23 y los servicios que vayan a utilizar como soporte recursos limitados cuya capacidad real pueda obligar a limitar el número de titulares de aquéllos. En todos estos casos se requiere concesión administrativa.

Servicios de difusión son servicios de telecomunicación en que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente (art. 25.1, Ley 31/1987).

Tales son los servicios de radiodifusión y de televisión.

Expresamente dispone el art. 31.2, Ley 31/1987, que la televisión tendrá siempre la consideración de servicio de difu-

sión y en ningún caso podrá prestarse como servicio final o de valor añadido.

Pues bien, como hemos visto sólo entran en el concepto de actividad directamente relacionada con la defensa nacional los servicios finales y portadores entre los que no se halla el servicio de televisión, que ya hemos dicho se trata de un servicio de difusión. La cuestión tiene su importancia por cuanto (aparte de que la televisión tiene tratamiento diferenciado), las limitaciones para los servicios finales y portadores, son aplicables a los residentes en Países de la CEE.

Según el art. 26.3:

110

“En el supuesto de concesionarios de servicios finales o portadores de telecomunicación que fuesen personas jurídicas, la participación en su capital de personas físicas no residentes o de personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, ya sea directamente o a través de sus filiales o establecimientos en España, queda liberalizada con carácter general hasta el 25 por 100 de dicho capital”.

“Superado el indicado porcentaje, se requerirá autorización del Consejo de Ministros para cualquier otra toma de participación adicional por inversores extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Ministros podrá autorizar, asimismo, con carácter general y a petición de las autoridades (*sic*) concesionarias (supongo se referirá a las sociedades concesionarias), una participación extranjera en su capital social por encima de dicho porcentaje y hasta el límite que al efecto se establezca”.

Por su parte el art. 15.2, de la Ley 31/1987, en su redacción actual dispone:

“La explotación de los servicios portadores y finales de telecomunicación regulados en la presente Ley tiene la consideración, como sector específico a efectos de la legislación sobre inversiones extranjeras en España, de actividad directamente relacionada con la defensa nacional.

Los concesionarios de estos servicios, sin perjuicio de otras condiciones que reglamentariamente puedan establecerse, deberán poseer la nacionalidad española.

Si el concesionario fuera persona jurídica, la participación en su capital de personas físicas extranjeras o de personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, ya sea directamente o a través de sus filiales o establecimientos en España, queda liberalizada con carácter general hasta el 25 por 100 de dicho capital.

Superado el indicado porcentaje, se requerirá autorización del Consejo de Ministros para cualquier otra toma de participación adicional por inversores extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Ministros podrá autorizar, asimismo, con carácter general y a petición de las entidades concesionarias, una participación extranjera en su capital social por encima de dicho porcentaje y hasta el límite que al efecto se establezca.

En principio las concesiones son intransferibles (art. 15.3) y no pueden subcontratarse las prestaciones incluidas en las mismas con las excepciones que reglamentariamente se determinen.

El Gobierno podrá disponer en las entidades concesionarias de servicios finales y portadores:

El nombramiento de un Delegado. Que en el contrato mediante el cual se encomienda la prestación monopolística de los servicios de telecomunicaciones se le reserve la facultad de designar hasta un máximo de cinco miembros en el órgano de administración de la entidad concesionaria que serán adicionales a los nombrados, de acuerdo con sus estatutos, por la junta general de dicha entidad.

3. *Televisión.*

Es otro de los sectores de regulación específica, diferenciado del anterior, y con tratamiento distinto.

Es aplicable a este sector específico, la Ley 10 de 3 de mayo de 1988, sobre regulación de la Televisión privada. Esta Ley parte de la base de que la Televisión es un servicio público cuya titularidad corresponde al Estado, pero cuya gestión indirecta se realizará por sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (*cfr.* arts. 1 y 2).

El objeto de la concesión administrativa será la emisión de programas con una cobertura nacional (art. 4.º.1).

Las sociedades concesionarias, deberán tener un capital mínimo de 1.000 millones de pesetas, totalmente suscrito y desembolsado, al menos en un 50 por 100, y en su totalidad al tiempo de otorgarse la concesión (art. 18.2).

Las sociedades concesionarias deberán ser de nacionalidad española y estar domiciliadas en España sin perjuicio de lo previsto en el derecho comunitario europeo (*cfr.* art. 18.3).

Sólo podrán ser accionistas, las personas físicas, y las personas jurídicas que revistan forma de SA, con acciones nominativas. Ninguna persona podrá ser titular, directa o indirectamente, de acciones en más de una sociedad concesionaria. Ni podrá ser titular, directa o indirectamente de más del 25 por 100 del capital de una sociedad concesionaria. Y en fin, la totalidad de las acciones de titularidad de extranjeros no podrá en ningún momento, ni directa ni indirectamente, superar el 25 por 100 del capital de una sociedad concesionaria (*cfr.* art. 19).

Hay un registro Especial de Sociedades concesionarias en el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones (*cfr.* art. 20).

Para la transmisión, disposición o gravamen de las acciones de estas sociedades, así como para la emisión de obligaciones o de títulos similares se precisa previa autorización administrativa (*cfr.* art. 21.1). Estos actos o negocios jurídicos indicados, deberán formalizarse en documento autorizado por fedatario público, quien se abstendrá de intervenirlo o de autorizarlo si no se le acredita la previa autorización administrativa. Y en fin el acto o negocio jurídico efectuado deberá ser inscrito en el Registro Especial antes indicado.

Pues bien, como se ha visto, estas limitaciones en la regulación de la Televisión, afectan a españoles y extranjeros, residentes o no residentes. Ahora bien, el precepto del art. 19.4, es el único que discrimina a extranjeros, y éste a virtud de lo dispuesto en el artículo 26.4 del RD 671/1992, no afectará a los residentes en un Estado miembro de la CEE, a

los que, obviamente les afectarán las limitaciones establecidas con carácter general para todos, sean extranjeros o españoles, residentes o no residentes.

4. *Radio.*

Es también en principio un servicio de telecomunicación en que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente (*cfr.* art. 25.1, Ley 31/1987), aunque falta para la radiodifusión, un precepto como el del art. 25.2 en que según ya vimos declara para la televisión que tendrá siempre la consideración de servicio de difusión.

Conforme al art. 26 de la Ley 31/1987 cabe distinguir para los servicios de radiodifusión, los de *onda corta y onda larga* (que serán explotados directamente por el Estado o sus entes públicos), *onda media* (que podrá ser explotados en concurrencia: por el Estado o sus entes públicos en gestión directa, o por gestión indirecta mediante concesión administrativa estatal a través de personas físicas o jurídicas), y *ondas métricas con modulación de frecuencia* (que podrán ser explotados en concurrencia: directamente por las Administraciones Públicas o sus entes públicos, e indirectamente mediante concesión administrativa por las corporaciones locales; o por gestión indirecta mediante concesión administrativa a través de personas físicas o jurídicas).

Las concesiones administrativas para la gestión indirecta de los servicios de radiodifusión sonora se otorgarán: por el Gobierno cuando se trate de onda media; y por las Comunidades Autónomas con competencia en materia de medios de comunicación social cuando se trate de ondas métricas con modulación de frecuencia (*cfr.* art. 26.5, Ley 31/1987).

Para la inversión extranjera se precisa autorización de Consejo de Ministros según lo dispuesto en el art. 26 RD 671/1992, salvo que se trate de residentes en Estado miembro de la CEE, en cuyo caso no le será de aplicación el art. 26 del RD 671/1992, pero sí las normas ordinarias sobre inversiones extranjeras, y exceptuando en todo caso la hipótesis de servicios portadores y finales.

5. *Transporte Aéreo.*

Se rige todavía este sector por la Ley de Navegación aérea de 21 de julio de 1960, que en el art. 71 determina que “los servicios de cabotaje serán reservados a empresas nacionales” y hay que entender por tales, como dicen DOMÍNGUEZ RODRIGO y MARTÍNEZ CARDOS (“Inversiones extranjeras en España-Sectores de regulación específica”, Madrid, 1988, pág. 135), por analogía con lo dispuesto en el art. 74, párrafo segundo de la referida Ley, a aquéllas cuyos administradores y en las tres cuartas partes del capital sean españoles”. Además las aeronaves deberán ser españolas, ya que en el artículo 83 se dispone que “las aeronaves extranjeras no podrán prestar servicio de cabotaje.”

114

Para las compañías de tráfico aéreo no regular, el art. 80, núms. 1.º y 4.º exige: que la participación de capital extranjero no exceda del 25 por 100; que el personal directivo y de vuelo sea español, y que las acciones sean nominativas.

Para las concesionarias de servicios regulares por líneas determinadas o por redes de rutas, se exige que los concesionarios sean españoles, y tratándose de personas jurídicas, deberán ser españoles (según ordena el art. 74) al menos las tres cuartas partes de su capital y de sus administradores.

En todos estos casos, para la inversión en las respectivas sociedades se requiere autorización previa del Consejo de Ministros. Salvo que se trate de residentes en Países miembros de la CEE, ya que están exentos de la necesidad de tal autorización.

6. *Empresas de seguridad privada.*

La inclusión de las empresas de seguridad privada en el ámbito de los sectores de regulación específica se ha producido por Ley 23 de 30 de julio de 1992 de seguridad privada, en su Disposición Adicional primera, conforme a la cual:

“1. Las empresas de seguridad reguladas en la presente

Ley, tendrán la consideración de sector con regulación específica en materia de derecho de establecimiento.

2. La autorización de inversiones de capital extranjero en empresas de seguridad exigirá en todo caso informe previo del Ministerio del Interior.

3. Las limitaciones establecidas en la presente disposición no serán de aplicación a las personas físicas nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea ni a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad.”

Empresas de seguridad privada son las que tienen por objeto regular la prestación de servicios de vigilancia y seguridad de personas o de bienes.

Tales empresas para la prestación privada de servicios o actividades de seguridad, habrán de obtener la oportuna autorización administrativa mediante su inscripción en un Registro que se llevará en el Ministerio del Interior, a cuyo efecto deberán reunir los siguientes requisitos que exige el art. 7.1, de la Ley 23/1992, y que son:

“a) Constituirse como sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima laboral o sociedad cooperativa, teniendo como objeto social exclusivo todos o alguno de los servicios o actividades a que se refiere el art. 5 de la presente Ley.

(Según el art. 5.1, las empresas de seguridad únicamente podrán prestar o desarrollar los siguientes servicios o actividades:

a) Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes y convenciones.

b) Protección de personas determinadas, previa la autorización correspondiente.

c) Depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y billetes, títulos-valores y demás objetos que, por su valor económico y expectativas que generen, o por su peligrosidad,

puedan requerir protección especial, sin perjuicio de las actividades propias de las entidades financieras.

d) Transporte y distribución de los objetos a que se refiere el apartado anterior a través de los distintos medios, realizándolos en su caso, mediante vehículos cuyas características serán determinadas por el Ministerio del Interior, de forma que no puedan confundirse con los de las Fuerzas Armadas ni con los de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad.

e) Instalación y mantenimientos de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad.

f) Explotación de centrales para la recepción, verificación y transmisión de señales de alarma y su comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como prestación de servicios de respuesta cuya realización no sea de la competencia de dichas Fuerzas y Cuerpos.

g) Planificación y asesoramiento de las actividades de seguridad contempladas en esta Ley.”

116

En el apartado 2 de dicho artículo se ordena que “las empresas de seguridad deberán garantizar la formación y actualización profesional de su personal de seguridad. Podrán crear centros de formación y actualización para el personal de empresas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”

Y en el apartado 3 del mismo artículo que: “*En ningún caso las empresas de seguridad podrán realizar las funciones de información e investigación propias de los detectives privados*”).

“b) En todo caso, las empresas de seguridad que presten servicios con personal de seguridad deberán tener la nacionalidad española.”

“c) Poseer un capital social en la cuantía mínima que se determine, en razón de su objeto y de su ámbito geográfico de actuación, que no podrá ser inferior al establecido en la legislación sobre sociedades anónimas.”

“d) El capital social habrá de estar *totalmente desembolsado* e integrado por *títulos nominativos*.”

“e) Contar con los medios humanos, de formación, financieros, materiales y técnicos que se determinen en razón del

objeto social y del ámbito geográfico de actuación. En particular, cuando las empresas de seguridad prestaren servicios para los que precise el uso de armas, habrán de adoptar las medidas que garanticen su adecuada custodia, utilización y funcionamiento, en la forma que se determine.”

“f) Prestar las garantías que se establezcan por vía reglamentaria, en razón de las circunstancias expresadas en el apartado anterior.”

No obstante, en el apartado 3 del propio art. 7 de la Ley 23/1992 se prevé que a las empresas de seguridad que tengan por objeto exclusivo la instalación o mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad, así como el asesoramiento y planificación de actividades de seguridad, se las podrá eximir reglamentariamente del cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos en el apartado 1 del mismo artículo 7.

Por otro lado, la pérdida de alguno de los requisitos indicados en el artículo 7.º producirá la cancelación de la inscripción, que será acordada por el Ministro del Interior, en resolución motivada dictada con audiencia del interesado.

Entiéndase bien que todos los requisitos expuestos se imponen haya o no inversión extranjera. Cuando hay inversión extranjera, *además* deberá exigirse la autorización del Consejo de Ministros con informe previo del Ministerio del Interior. A su vez esta autorización no será necesaria cuando la inversión extranjera sea de personas físicas nacionales de Estados miembros de la CEE o de sociedades “constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro de la CEE y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la CEE (cfr. DA 1.ª Ley 23/1992).

7. Inversores residentes en Países comunitarios, y sectores específicos.

Ya a lo largo de los números anteriores hemos ido viendo el tratamiento a los inversores comunitarios, precisando más, a los inversores residentes en Países miembros de la CEE. Según el art. 26.4:

“El régimen de autorización previsto en los apartados 1 y 2 precedentes no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la CEE, cuyas inversiones se someterán al régimen general regulado en el presente Real Decreto, salvo que la inversión tenga por objeto actividades de *producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, o explotación de servicios finales y portadores de telecomunicación* en cuyo caso se someterá al régimen de autorización previsto en este artículo.

A estos efectos no tendrán la calificación de inversiones efectuadas por residentes comunitarios las realizadas por sociedades o entidades domiciliadas en la CEE que se encuentren controladas directa o indirectamente por residentes no comunitarios.”

Es decir, que para los residentes comunitarios, entendida la *expresión como la explica el precepto transcrito*, las inversiones en sectores específicos podrán efectuarlas siguiendo los trámites de una inversión extranjera ordinaria. Tan sólo les afectará la necesidad de obtener autorización de Consejo de Ministros cuando se trate de los “subsectores” que hemos subrayado al transcribir el punto 44 del art. 26 del RD 671/1992, es decir, producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra, o explotación de servicios finales y portadores de telecomunicación.

8. *Trámite de la autorización.*

El art. 26.5, del RD 671/1992 ordena que “los proyectos de inversiones extranjeras en los sectores de actividad mencionados en los números anteriores sujetos a autorización se presentarán para su tramitación ante la DGTE. Dicho Centro directivo tramitará el correspondiente expediente con sujeción a lo previsto en el art. 24.2 del presente RD y lo elevará al Ministro de Economía y Hacienda para que éste efectúe la correspondiente propuesta al Consejo de Ministros. Las inversiones extranjeras que se efectúen en los sectores de actividad mencionados en los números anteriores se regularán por sus disposiciones específicas, en lo no regulado en el presente Real Decreto.”

Es decir, conforme a la Resolución de la DGTE sobre procedimiento de tramitación y registro de las inversiones extranjeras de 6 de julio de 1992, se presentará en la DGTE el correspondiente impreso normalizado MC-5 cuando se trate de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sociedades participadas, sucursales y establecimientos, y así lo dispone la Instrucción 13 de dicha Resolución, que es de aplicación a los supuestos en que se precisa autorización de Consejo de Ministros, no sólo en este caso, sino en otros tales como en las hipótesis de inversiones por entes públicos de soberanía extranjera.

De acuerdo con dicha Instrucción, a dicho impreso MC-5 se acompañará, por triplicado cuando corresponda resolver al Consejo de Ministros, la siguiente documentación:

“Descripción del objeto social de la sociedad o entidad española en la que se efectúa la inversión.

Identificación de todas aquellas entidades de soberanía extranjera que pretendan ser titulares de inversión extranjera, cuya autorización se solicita, especificando su relación con el sector público del país de origen de la inversión, y su grado de influencia o control en la gestión de la sociedad inversora.

El procedimiento de tramitación de los expedientes de inversión extranjera sujetos a autorización previa, será el establecido en la Instrucción 6.^a de la presente Resolución.”

119

VII. Especialidades por razón del sujeto. Sujeto inversor extranjero. Sociedades españolas con participación extranjera en su capital. Sucursales. Entes públicos extranjeros

El concepto de inversor extranjero, antes regulado en los artículos 1.º de la LIE de 1974, y de la de 1986, y de sus respectivos reglamentos de 31 de octubre de 1974 y de 25 de septiembre de 1986, se halla actualmente configurado en el artículo 2.º del RD 671 de 2 de julio de 1992, dictado, como ya antes he explicado, en desarrollo, o al amparo, de lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 40 de 10 de di-

ciembre de 1979 sobre régimen jurídico de control de cambios.

El inversor puede ser persona física o persona jurídica.

Según el art. 2.º del RD 671/1992, pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España, tanto las personas físicas no residentes en España, como las personas jurídicas *privadas* domiciliadas en el extranjero. No así las personas físicas residentes en España, ni las personas jurídicas con domicilio en nuestro País. Para estas últimas, tan sólo se establece una excepción dentro de ciertos límites, para las sociedades españolas con participación de capital extranjero, y para las sucursales y establecimientos en España de personas no residentes. Veamos los distintos supuestos:

1. *Personas físicas no residentes.*

120

Según el art. 2.º.1.a), del RD 671/1992, pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España “las personas físicas no residentes en España, entendiéndose por tales los españoles o extranjeros, domiciliados en el extranjero o que tengan allí su residencia principal”.

Ha desaparecido ya con la nueva regulación el criterio impuesto por el art. 4.º de la Ley 40/1979 al precisar los conceptos de residente y de no residente, de conectar tales nociones con el medio de pago de la inversión, o dicho de otra manera, con el patrimonio con cargo al cual se paga la inversión, y según que el mismo se hubiese generado en España antes de la toma de residencia en el extranjero (para los españoles), o en el extranjero antes de la toma o recuperación de la residencia en España (para españoles y extranjeros). Se conectaba en cierto modo la residencia también con la nacionalidad, aunque ciertamente el criterio básico era el de la residencia, y había, hay, en el todavía vigente art. 4.º de la Ley 40/1979 una diferencia de trato entre españoles y extranjeros, no siempre beneficiosa para los españoles.

Ya la LIE de 27 de junio de 1986, y sobre todo el RIE de 25 de septiembre de 1986, trató de minimizar la importancia del lugar en que se hubiese generado el patrimonio con cargo

al cual se va a pagar la inversión, tratando de centrar el peso de gravedad de la noción de inversor en la residencia.

Y el RD 671/1992, ya de un modo claro, pone el peso de la noción en el concepto de residencia, pero desconectando a la misma de toda relación con el patrimonio.

Desde el punto de vista normativo, puede verse un choque entre las normas del art. 2.2, del RD 671/1992 a que luego me referiré y las del art. 4.º de la Ley 40/1979, lo que se hace más patente hoy, en que el RD 671/1992 se dicta en ejecución de la propia Ley 40/1979, y no en desarrollo de una Ley de inversiones extranjeras, que ya ha sido derogada (por Ley 18, de 1 de julio de 1992). Y este choque frontal, quizá pueda ser alegado por quien, en un momento determinado se vea lesionado por las consecuencias de la aplicación de las nuevas normas, y ante una eventual sanción de multa. Lo curioso del caso es que, sin duda por otro «lapsus», el art 2.º.5, del RD 1816/1991 dispone que “fuera de los supuestos previstos en el art. 4 de la Ley (se refiere sin duda a la Ley 40/1979), no se podrá gozar simultáneamente de la condición de residente y no residente a efectos de control de cambios”. Y tales supuestos son precisamente los que hacen referencia a la diversa condición de residente o no residente según el patrimonio que se emplee en cada caso concreto.

El art. 2.º del RD 671/1992, aplica el nuevo criterio con todas las consecuencias que de él pudieran derivarse, en el punto 2 de dicho precepto. Dice así en su párrafo primero:

“Las inversiones realizadas en España por personas físicas no residentes perderán la condición de extranjeras cuando su titular adquiera la residencia en territorio español y no adquirirán tal condición las que realice a partir de ese momento cualquiera que sea el origen del capital invertido”.

Si pierden tal condición, la consecuencia lógica es que deba producirse una declaración de la liquidación de la inversión. Y así lo prevé la Instrucción 8.ª de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992, válida para este supuesto y el que examinaremos a continuación, en el que dispone que “si la

declaración de la inversión o de su liquidación se efectúa por cambio de residencia, se tramitará directamente por su titular quien cumplimentará el correspondiente impreso, retendrá en su poder los ejemplares 4 y 5 y remitirá los restantes al Registro de Inversiones en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la nueva residencia de acuerdo con el art. 2.º del RD 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior. Dicha acreditación se acompañará a la correspondiente declaración de la inversión o de su liquidación”. De acuerdo con este último precepto para las personas físicas, y en los casos ordinarios, tratándose de españoles, se aplicará la presunción del art. 2.º.4, del RD 671/1992, que es la misma establecida por el art. 2.º.3.c, del RD 1816/1991, es decir la de que “las personas físicas de nacionalidad española... se presumirán residentes en España salvo prueba en contrario”. Y tratándose de extranjeros se aplicará el art. 2.º.3.a, del RD 1816/1991 es decir que la condición de residente para las personas físicas extranjeras en los casos ordinarios deberá acreditarse mediante la tarjeta o carné individual de autorización de residencia o cualquier otro documento público en el que conste la concesión de la autorización de residencia por el Ministerio del Interior”. Y naturalmente que el plazo de seis meses a que se refiere la Instrucción citada ha de contarse no desde que se acredite, sino desde que pueda acreditarse. Y para los extranjeros puede acreditarse desde que se les entrega la tarjeta de residencia o documento equivalente.

Y en los párrafos segundo y tercero del punto 2, art. 2.º del RD 671/1992:

“Las inversiones realizadas en España por personas físicas residentes adquirirán la condición de inversiones extranjeras cuando sus titulares trasladen su residencia al extranjero.

“En el caso de que la inversión que adquiere el carácter de extranjera por cambio de residencia de su titular fuera de las reguladas en el art. 26 del presente RD se aplicará a las mismas lo dispuesto en dicho artículo”.

Para estos casos, y de acuerdo con la Instr. 8.^a6, Res. DGTE 6-7-1992, antes citada, el propio titular de la inversión cumplimentará el correspondiente impreso, según antes hemos visto, retendrá en su poder los ejemplares 4 y 5 y remitirá los restantes al Registro de Inversiones en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la no residencia, según también vimos. Dicha acreditación se acompañará a la correspondiente declaración de la inversión. Aquí tratándose de españoles, la prueba se producirá según el art. 2.^o4.a) del RD 1816/1991, mediante certificación de la autoridad consular española expedida con una antelación máxima de dos meses.

Aquí el cómputo del plazo de seis meses a que se refiere la citada Instrucción 8.^a6, se presenta, para los extranjeros, con cierta ambigüedad (salvo para los diplomáticos). Porque la no residencia, para los extranjeros, cuando haya devolución de la tarjeta de residencia, será en tal fecha cuando se pueda acreditar, y cuando haya caducado, desde la fecha de caducidad. En los demás, habrá siempre un período, el que media hasta la caducidad, en que dependerá de la voluntad del titular el que se inicie el cómputo: puede en efecto devolver la tarjeta de residencia y tal será el *dies a quo*. No siendo así, desde que expire el plazo de caducidad de la tarjeta, sin haberse solicitado la renovación. Siendo diplomáticos, hay que entender que arranca el cómputo del plazo desde la fecha de expedición de la tarjeta de identidad expedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores español.

Para los españoles, el *dies a quo* será el de la fecha de la inscripción en el Registro de Matrícula de residentes del Consulado español respectivo.

En cualquiera de los casos, tiene importancia su determinación, pero mucho más cuando la inversión que tuvieran antes de la pérdida de la residencia en España fuera una de las comprendidas en el art. 26 del RD 671/1992, es decir, inversión en sectores de regulación específica, en que habrá de obtenerse ahora, a posteriori, es decir cuando por ser ahora

no residente el titular su inversión pasa a ser extranjera, la oportuna autorización.

Por último repetiremos que el concepto de inversor extranjero no dependerá ya del medio de pago empleado. Cualquier medio de pago será válido de acuerdo con el amplio régimen de libertad que reconoce el art. 3.º del RD 671/1992.

2. *Personas físicas residentes.*

No pueden ser titulares de inversiones extranjeras. Tanto si son españoles como si son extranjeros. Incluso en el supuesto de que antes de ganar o recuperar la residencia en España, tuvieran ya formalizada una inversión extranjera, ésta dejará de serlo, según hemos visto en el epígrafe anterior en el momento en que el titular adquiera o recupere la residencia en España.

3. *Personas jurídicas privadas domiciliadas en el extranjero.*

Según el art. 2.º.1.b), del RD 671/1992, la otra categoría de posibles titulares de inversores extranjeros, además de las personas físicas no residentes, se halla integrada por “las personas jurídicas privadas domiciliadas en el extranjero”.

Se repite expresión que ya se venía arrastrando en las disposiciones anteriores. Y volvemos ahora a repetirnos la pregunta: ¿Acaso las personas jurídicas públicas extranjeras no pueden realizar inversiones en España? Ya veremos que sí, aunque con autorización especial. Si ahora el Real Decreto como antes el reglamento de Inversiones silencia a las personas jurídicas públicas hasta que llega a las Disposiciones Adicionales, y si en el artículo 2.º se refiere sólo a las personas jurídicas privadas al determinar los posibles titulares de inversiones extranjeras en España, es porque la regulación general está pensada tan solo para personas jurídicas privadas.

Y el Real Decreto (como antes también lo hacía el RIE), lo hace con una amplitud que va más allá incluso de la letra del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la CEE, que en su artículo 59, dentro del capítulo II (Derecho

de establecimiento) del Título III (Libre circulación de personas, servicios y capitales), después de ordenar que las sociedades (de países comunitarios) quedarán equiparadas a efectos de dicho capítulo a las personas físicas nacionales (1), exceptúa del concepto de sociedades a las personas jurídicas que *no persigan fin lucrativo*.

La condición de no residente de estas personas jurídicas privadas se probará, conforme dispone el art. 2.º.4.c), del RD 1816/1991, “mediante documento fehaciente que acredite su naturaleza y domicilio”. Normalmente resultará de los correspondientes documentos auténticos que, bien para justificar la legitimación del compareciente en su nombre, bien para justificar en su caso la titularidad del derecho, exhiba el compareciente. Pero este tema de la probanza de tal condición lo estudiamos anteriormente, por lo que ahora no voy a insistir.

4.º *Personas jurídicas privadas domiciliadas en España.*

En principio no pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España. Ahora bien, para las sociedades españolas con participación extranjera en su capital, y para las sucursales en España de personas no residentes hay unas peculiaridades que vamos a examinar a continuación, y que derivan del art. 2.º.5 del RD 671/1992, conforme al cual “a los efectos de este Real Decreto, se considerarán inversiones extranjeras, en los términos previstos en el art. 8.º, las que realicen las sociedades españolas con participación extranjera en su capital, así como las sucursales y establecimientos en España de no residentes, mediante la constitución de sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones de las mismas.”

(1) Aunque la letra del artículo 58 pueda hacer pensar que comprende también a personas jurídicas públicas (“las demás personas jurídicas de Derecho público o privado”), entiendo que se refiere a las demás personas jurídicas reconocidas por normas de Derecho público o privado, pero que se refiere a personas jurídicas privadas según resulta del conjunto de normas del Tratado.

A) Sociedades españolas con participación de capital extranjero.

Pueden tener la condición de titulares de inversión extranjera, "en los términos previstos en el art. 8.º", y siempre que se trate de inversiones que tengan lugar mediante la constitución de sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones sociales, todo ello según acabamos de ver exige el art 2.º.5, del RD 671/1992.

Por su parte el art. 8.º de dicho RD ordena:

"1. Se considerarán extranjeras las inversiones efectuadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 50 por 100 y por sucursales y establecimientos de no residentes cuando las mismas consistan en la creación de sociedades españolas o en la toma de participación en las mismas calificable como de inversión directa.

126 En estos supuestos la inversión efectuada por las sociedades españolas indicadas y por sucursales y establecimientos se computará 100 por 100 extranjera.

El régimen aplicable a las inversiones extranjeras previstas en el presente artículo será el establecido con carácter general en el artículo 7 del presente Real Decreto."

"2. Excepcionalmente, se computará como participación extranjera al 100 por 100 la que efectúe una sociedad española con participación extranjera en su capital igual o inferior al 50 por 100 cuando los socios no residentes tengan una situación de predominio en la sociedad inversora derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de dichos socios extranjeros en la gestión de la sociedad."

No hace falta decir que averiguar en un momento determinado cuál es la composición del capital de una Sociedad Anónima, sobre todo si de acciones al portador se trata, es tarea difícil. Y mucho más difícil resulta apreciar en un caso concreto si los socios extranjeros tienen una situación de dominio o prevalencia en la empresa derivada de cualquier circuns-

tancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de los socios extranjeros en la gestión de la sociedad.

De ahí que ante tal dificultad se arbitrara en la legislación anterior (ya en el RIE de 31 de octubre de 1974, art. 32.1; y después en el RIE de 25 de septiembre de 1986, art. 20.2) el sistema de publicación en el BOE mediante Resolución de la DGTE, de sucesivas listas de sociedades con participación extranjera. Y se llegaron a publicar cuatro. La última lista por Resolución de la DGTE de 29 de mayo de 1985 (BOE de 9 agosto 1985), que refunde, además, las anteriores.

Estas listas debían ser consultadas por los Notarios cuando en el negocio jurídico interviniese una sociedad española. Sólo después de comprobar que la sociedad española inversora (y en algunos casos según la índole del negocio también la sociedad española destinataria de la inversión) no figura en ellas, podrá autorizar la escritura en la seguridad de que no hay, por razón de la sociedad, un inversor extranjero. Si, no obstante, la sociedad española, pese a no figurar en la lista, en realidad tuviese participación extranjera mayoritaria, y se hubiese autorizado la escritura, ni el Notario tenía responsabilidad por ello ni el Registrador por inscribirla.

127

Así se pronunció una Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1976:

“Ílmo. Sr.: El capítulo II del RIE aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1974, dedicado a la regulación de las inversiones directas por medio de participación en sociedades españolas, establece el principio general de que están sujetas a las disposiciones del mencionado capítulo las inversiones que pretendan realizarse mediante la participación en una sociedad española de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1, del artículo 3.º (art. 4.º.1), y que las inversiones extranjeras reguladas en el repetido capítulo requerirán previa autorización administrativa cuando, como consecuencia de la inversión, la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la sociedad española o del porcen-

taje de inversión libre señalado en la legislación específica (art. 5.º.1).

Matizando el referido principio general, dispone el artículo 7.º.1 del RIE que “a los efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en una sociedad, se computará como tal la efectuada en ella por otra sociedad española en la que, a su vez, exista participación extranjera...”, la cual aparece regulada en el propio art. 7.º del Reglamento en base a distintos criterios cuantitativos y cualitativos.

Complemento muy importante del repetido art. 7.º es el 32 del propio RIE en el que, para vigilar el cumplimiento de la normativa reglamentaria antes aludida se dispone que la DGTE publicará en el BOE, mediante Resolución, sucesivas listas de sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital, conforme a los datos que obren en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio (hoy Ministerio de Economía y Hacienda); y que a partir de la publicación de dicha Resolución, las sociedades referidas habrán de cumplir lo prevenido en el Reglamento en cuanto se refiera a inversiones extranjeras mayoritarias.

128

La interpretación conjunta de los arts. 7.º y 32 del RIE ha suscitado algunas dudas, en orden a la forma en que han de proceder Notarios y Registradores Mercantiles en los casos de sociedades que, aun teniendo participación extranjera según lo dispuesto en el art. 7.º, no aparecen incluidas en las listas que prevé el art. 32.

Parece evidente que, con independencia de la publicación o no de una sociedad en las listas de referencia, el art. 7.º obliga a la sociedad de que se trate, sin que los interesados en la misma puedan ampararse en la circunstancia de su no inclusión en las listas para eludir el cumplimiento de las normas limitativas del Reglamento y, en particular, la exigencia de las autorizaciones pertinentes.

Pero también es evidente que, si se quiere dar algún sentido a la publicidad que comportan las referidas listas del art. 32 y garantizar el normal desenvolvimiento del tráfico jurídico y

de la documentación notarial y las calificaciones registrales, es obligado concluir que mientras no figure la sociedad en las repetidas listas, *sólo a los propios interesados puede exigirse el cumplimiento del art. 7.º del Reglamento y no a los terceros entre los que deben contarse los fedatarios en general y, por tanto, los Notarios y Registradores Mercantiles.*

En consecuencia con todo lo antedicho, esta Dirección General ha acordado declarar que, sin perjuicio de los efectos de todo tipo a que pueda dar lugar la actuación de los interesados en las sociedades a las que resulte aplicable lo dispuesto en el art. 7.º del RIE, los Notarios y los Registradores Mercantiles *no podrán exigir declaración ni comprobación alguna sobre el extremo relativo a la participación extranjera en sociedades españolas que no estén incluidas en las listas vigentes previstas en el art. 32 del mencionado Reglamento.*

Lo que digo a V.I. para su conocimiento, el de todos los Notarios de ese Ilustre Colegio y demás efectos.”

129

Los criterios de esta Circular fueron aplicados en muchas Resoluciones de la Dirección General de Los Registros y del Notariado. Citaré como ejemplo, las de 6 de julio de 1982, 5 de marzo de 1983, 10 de enero de 1984, 26 de julio de 1985, etc.

Pero actualmente el sistema de Listas ha desaparecido de la reglamentación de las inversiones extranjeras. No cabe por tanto acudir a consultarlas ni siquiera a las existentes anteriormente, concretamente a la 4.ª Lista, dado que ésta ha quedado ya obsoleta, y aparte de que no es ahora exigible.

Con la nueva legislación, debe seguirse el mismo criterio que ya apuntaba la Circular de la DGRN de 15 de julio de 1976: La tarea indagatoria incumbe a los interesados. Si una persona comparece ante Notario a formalizar una inversión, que puede ser considerada como extranjera si la sociedad tiene participación extranjera en los términos del art. 8.º del RD 671/1992, es él quien previamente debe tener este problema resuelto. Es el representante de la sociedad quien debe indagar, si no lo sabe ya (como de ordinario ocurrirá), la composición

del capital a efectos de la aplicación del mencionado art. 8.º El Notario deberá advertirle acerca de esta cuestión, incluso podrá informarles que si de la documentación social no resultaran antecedentes o datos fiables sobre este particular, tienen la vía de acudir a la DGTE, en donde, mostrando interés legítimo para ello, podrán ser informados acerca de la participación extranjera en la sociedad. Si después de todo ello el interesado no es diligente en tal averiguación, suya será la responsabilidad. Pero no del Notario ni del Registrador Mercantil.

Ahora bien, antes vimos la postura de la DGRN mantenida en la Circular antes transcrita de 15 de julio de 1976 acerca de que los Notarios y los Registradores Mercantiles no podrán exigir declaración ni comprobación alguna sobre el extremo relativo a la participación extranjera en sociedades españolas.

130 Pero actualmente, debe matizarse en el sentido de que con arreglo a la Instrucción 7.ª.6, de la Resolución DGTE de 6-7-1992, “en los casos de inversiones directas efectuadas por Sociedades españolas con participación extranjera en su capital superior al 50 por 100, dichas sociedades manifestarán ante el fedatario público o entidad interviniente tal condición y aportarán, a los efectos de formalizar la citada inversión extranjera, certificación de la propia sociedad inversora justificativa de la participación extranjera en su capital”. Obsérvese que esta manifestación no es exigible en todo caso. Quiero decir, que a una sociedad española que no tenga participación de capital extranjero superior al 50 por 100 no se le puede exigir que manifieste que no tiene capital extranjero o qué participación extranjera en su capital existe. La obligación se impone a las sociedades con participación extranjera en su capital superior al 50 por 100.

Claro está que el deber de información del Notario debe comprender también estos extremos. Si el compareciente niega conocer que exista porcentaje de participación extranjera en su capital, y luego no resultara cierta su afirmación, suya será

la responsabilidad según antes afirmábamos. Nada más puede exigir el Notario.

Pero si el compareciente afirma que la participación extranjera en el capital de la sociedad que representa (y que ahora pretende *formalizar una inversión directa* mediante constitución de otra sociedad o mediante la adquisición de sus acciones o participaciones), es superior al 50 por 100, entonces el Notario debe observar una conducta más activa en este tema: *debe exigir al interesado que aporte la certificación justificativa de la participación extranjera en su capital* que al efecto impone la Instrucción 7.^a6, de la Res. DGTE 6-7-1992.

No obstante, aun en tales casos, *cuando la inversión se halle sujeta a verificación, entiendo que no debería ya ser necesaria la referida certificación*. Porque ya para solicitar tal verificación, la Instrucción 12.3, de la Res. DGTE 6-7-1992, exige que a la solicitud se acompañe (aparte de la última declaración del Impuesto sobre sociedades de la sociedad destinataria de la inversión, salvo en los casos de constitución de sociedades), la referencia del MC-1A de declaración al Registro de Inversiones de la inversión extranjera en la sociedad española inversora. Y ahora, en este caso, la DGTE, está homologando un proyecto de inversión, que lógicamente habrá considerado como extranjera para poder así pronunciarse sobre la conformidad o disconformidad al proyecto de inversión, y para tal “homologación” ya habrá tenido en cuenta la correspondencia de la referencia del MC-1A, con los datos que figuren en el Registro de Inversiones. Exigir en tales circunstancias una certificación de la sociedad sobre la participación extranjera supone en mi opinión un trámite innecesario.

Repito que sólo para las inversiones consistentes en la creación de una sociedad española, o en la adquisición de sus acciones o participaciones sociales, tendrán estas sociedades que estudiamos la condición de inversores extranjeros. No para las demás. No, por ejemplo para inversiones en inmuebles. Salvo que éstos se hallen en áreas no exceptuadas de zonas estratégicas, o en Zonas de interés para la defensa

nacional, en cuyos supuestos será precisa la autorización militar previa para la inversión. Pero tratándose de zonas estratégicas a su vez (salvo en Ceuta y Melilla) no sería necesaria la autorización militar si el capital mayoritario en la sociedad española perteneciese a personas físicas que ostenten la *nacionalidad* (aquí el criterio no es el de la residencia) de un Estado miembro de la CEE; tratándose de personas jurídicas, dicho régimen será de aplicación en los mismos términos que para las personas jurídicas españolas. Por lo demás en este punto me remito al tema correspondiente en donde estudio esta materia con mayor extensión.

B) *Sucursales y establecimientos en España de no residentes.*

En otro lugar me ocupo de las nociones de sucursales y establecimientos. Ahora me interesa la sucursal o establecimiento ya creado, como posible sujeto de inversión extranjera.

132 Ya hemos visto antes como el art. 2.5, del RD 671/1992, comprende a las sucursales como posibles titulares de inversiones extranjeras en su capital, siempre que la inversión extranjera consista en la constitución de sociedades españolas o en la adquisición de acciones o participaciones de las mismas.

El RD 1816/1991, de 20 de diciembre, en su artículo 2.º.3.b, dispone que la condición de residente en España se probará, en los casos de establecimientos y sucursales en territorio español de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas residentes en el extranjero, mediante cualquier documento público en el que consten los datos correspondientes a su constitución, de acuerdo con la legislación española, o certificado de inscripción en el Registro Mercantil. Esta norma la reitera la Instr. 7.ª.6, párrafo segundo de la Res. DGTE 6-7-1992.

Vale lo antes dicho acerca de que la condición de titular de inversión extranjera la tendrá la sucursal o establecimiento sólo para las inversiones que consistan en la creación de sociedad española o en la adquisición de sus acciones o participaciones, no para las demás, salvo para inversiones en

inmuebles en áreas no exceptuadas de zonas estratégicas, o en zonas de interés para la defensa nacional, salvo que tratándose de zonas estratégicas que no sean Ceuta ni Melilla, la matriz de la sucursal sea persona jurídica comunitaria, no controlada por no comunitarios, o el titular de la sucursal sea nacional de un país comunitario.

5. *Corporación financiera internacional.*

Aunque realmente podría tratarse como una excepción, pero dentro de los epígrafes que dedicaré a continuación a las personas jurídicas públicas, no obstante prefiero tratarla por separado por cuanto su régimen a efectos de inversiones es el de las personas jurídicas privadas. Y porque además tradicionalmente se ha tratado también con separación.

Su régimen viene determinado por el Decreto-Ley 2/1962 de 25 de enero. Según el artículo 1.º de este Decreto-Ley:

“Los preceptos relativos a la creación, ampliación o modernización de empresas españolas y a la adquisición de valores mobiliarios emitidos por sociedades españolas en la misma forma y condiciones que para las personas jurídicas extranjeras de naturaleza privada se establecen en el Decreto-Ley 16/1959, de 27 de julio; disposiciones complementarias y Orden Ministerial de la Presidencia del Gobierno de 24 de diciembre de 1959, así como cualquier otra disposición que pueda dictarse en el futuro relacionada con las operaciones indicadas, serán de aplicación a las que la Corporación Financiera Internacional lleve a cabo en España.”

El Decreto-Ley 16/1959, de 27 de julio, se halla derogado (según reconoció ya el Decreto 1497/1975, de 19 de junio, por el que se determinan las normas derogadas modificadas y vigentes en materia de inversiones extranjeras).

La Orden de 24 de diciembre de 1959 fue derogada por la de 15 de marzo de 1962, y ésta a su vez derogada por la legislación de inversiones (LIE y RIE de 31 octubre 1974), según reconoció el Decreto de vigencias antes citado.

Pero lo interesante es que conforme al Decreto-Ley 2/1962,

de 25 de enero, la Corporación Financiera Internacional tendrá el mismo régimen que las personas jurídicas privadas extranjeras en materia de inversiones en sociedades.

El artículo 90, párrafo 2.º, de la Ley de Minas determina que “La participación en sociedades españolas de la Corporación Financiera Internacional no estará sujeta a autorización”. (Se entiende, claro está, en el ámbito de dicha Ley.)

Tanto la DA primera de la LIE de 31 octubre de 1974, como la DA primera de la LIE de 27 junio 1986, establecían que “la Corporación Financiera Internacional podrá realizar inversiones en España de conformidad con lo dispuesto en el Decreto/Ley 2/1962 de 25 de enero”.

Al estar derogadas las dos LIE antes citadas se puede cuestionar acerca del tratamiento jurídico de estas inversiones. La Ley 18 de 1 de julio de 1992, al derogar la LIE de 1986, nada dice sobre este particular. Entiendo que no es necesario.

134 Me explicaré. La Corporación Financiera Internacional se creó por Convenio de 11 de abril de 1955. España se adhirió por Decreto-Ley n.º 2 de 10 de marzo de 1960, publicado en el BOE de 11 de marzo de 1960. En el mismo BOE se publicó el texto íntegro del Convenio, por tanto, tiene fuerza de Ley, según el art. 1.º.5, del Código Civil. Hoy debe interpretarse el Decreto-Ley 2/1962 en el sentido de que la Corporación Financiera Internacional tiene libertad de inversión en España, al igual que lo tienen las personas jurídicas privadas. Deberá someterse en principio a los requisitos de declaración de la inversión, verificación previa en su caso, y tratándose de inversiones en sectores específicos, autorización en la medida que regula el art. 26 del RD 671/1992.

Cierto que el Convenio constitutivo, en su artr. 3.º dispone que la Corporación podrá invertir sus fondos en empresas privadas productivas situadas en los territorios de sus miembros. Pero creo debe darse a la expresión, no el sentido de “inversiones extranjeras”, sino en inversiones financieras fundamentalmente, aunque también en el propio artículo prevé que la Corporación tiene facultad para comprar y vender valores

que haya emitido o garantizado o que haya adquirido como inversión. Por otro lado dicho artículo declara que las finanzaciones de la Corporación no adoptarán la forma de inversiones en acciones de capital. Sin perjuicio de lo expuesto la Corporación podrá invertir sus fondos en la forma o formas que estime apropiadas según las circunstancias, con inclusión (aunque no limitativa) de inversiones que concedan al titular el derecho a participar en los beneficios y a suscribir acciones de capital o a convertir la inversión en acciones de capital. Y en fin en el art. 6.º del Convenio se reconoce a la Corporación Financiera Internacional personalidad jurídica y capacidad para concertar contratos, adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de los mismos y entablar acciones judiciales.

No creo que los preceptos citados se opongan a las prescripciones del Decreto Ley de 25 de enero de 1962, y en consecuencia estimo debe considerársele en vigor. Y digo que entiendo que no se oponen porque actualmente las personas jurídicas privadas extranjeras gozan de libertad de inversión, con sujeción al cumplimiento de ciertos requisitos, y con las excepciones de los sectores específicos.

6. *Gobiernos y Entidades Oficiales de soberanía extranjera.*

Su régimen es distinto y aun excepcional por cuanto, según he indicado antes, el régimen general de las normas sobre inversines extranjeras está pensado para las personas jurídicas privadas.

Para estos sujetos públicos se impone la autorización especial en las Disposiciones Adicionales 1.ª.3; 2.ª.1; y 3.ª.2; del RD 671/1992.

Según la DA primera, apartado 3:

“Las inversiones que efectúen los Gobiernos y Entidades de soberanía extranjera pertenecientes a Estados no comunitarios, bien directamente, bien a través de sociedades o entidades domiciliadas en la CEE pero controladas directa o indirectamente por aquéllos, necesitarán autorización especial del

Consejo de Ministros, salvo que en virtud de tratados internacionales suscritos y ratificados por España se encuentren liberalizadas.”

La DA tercera, apartado 2, dice:

“Requerirán autorización especial del Consejo de Ministros la Adquisición a título lucrativo “mortis causa” o “inter vivos” de inversiones en España por Estados y Entidades extranjeras de soberanía nacional pertenecientes a Estados no comunitarios así como la adquisición a título lucrativo de inversiones en sectores específicos por residentes en países no comunitarios.”

Por su parte, la Disposición Adicional 1, apartados 1 y 2, dicen:

“1. A los efectos de esta Disposición, se entiende por Gobiernos y Entidades Oficiales de soberanía extranjera:

a) Los Estados extranjeros, las Entidades de soberanía extranjera y las entidades e instituciones oficiales y públicas extranjeras.

b) Las sociedades y empresas públicas extranjeras, entendiéndose por tales las que tengan mayoría de capital público o estén sometidas al control efectivo de las entidades enumeradas en el apartado anterior, así como las que tengan la calificación de públicas por la legislación del país de origen.

“2. Las inversiones que efectúen los Gobiernos y Entidades de soberanía extranjera pertenecientes a Estados miembros de la CEE son libres y se ajustarán a los procedimientos y formalidades establecidos en el presente Real Decreto para las inversiones efectuadas por personas privadas.”

En la misma DA 1.^a4, se ordena que “en los supuestos en que fuera necesaria autorización para adquirir inmuebles en España destinados a representaciones diplomáticas o consulares, las notificaciones se efectuarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores”.

Y en el apartado 5 de la misma DA:

“Obtenidas las autorizaciones previstas en los apartados anteriores será necesaria, asimismo, autorización del Consejo de Ministros para toda modificación del objeto social de la

sociedad española y para la modificación de cualquier condición sustancial impuesta por la anterior autorización.

Otras modificaciones requerirán autorización previa del Director General de Transacciones Exteriores.”

La Ley de Minas en el artículo 90, párrafo 1.º, según redacción dada por Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986, determina que “Los Estados o Gobiernos extranjeros podrán adquirir, directa o indirectamente, derechos mineros y efectuar inversiones de capital, previa autorización del Gobierno español”.

Veamos ahora las personas sometidas al régimen especial de las Disposiciones Adicionales 1.ª.3; y 3.2.ª del RD 671/1992.

A. *Estados extranjeros.*

No necesita aclaración. La expresión “Estado” es preferible a la de “Gobierno”. Este es un órgano de la Administración del Estado y actúa como tal órgano. La dificultad para el jurista se halla precisamente en apreciar la capacidad del órgano que intervenga en la inversión en nombre del Estado extranjero. Una certificación de la Embajada podrá allanar estas dificultades.

B. *Entidades de soberanía extranjera.*

Aquí empiezan las dificultades, y no pequeñas, ligadas a las dificultades del concepto mismo de soberanía, que generalmente se considera por los internacionalistas como un elemento esencial del Estado que éste debe ostentar para ser considerado como tal, y en consecuencia como sujeto del Derecho internacional público. El concepto de soberanía, antes ligada a la idea del carácter supremo del poder estatal con ese doble aspecto, que subraya CHARLES ROUSSEAU (2), positivo (en el sentido de poder de dar órdenes no condicionadas) y negativo (derecho de no recibirlas de ninguna otra autoridad humana), se identifica en los tiempos actuales cada vez más con el concepto de

(2) *Derecho internacional público*, 3.ª ed., Barcelona, 1966, pág. 94.

independencia. Que por otro lado está cada vez más debilitada por la pertenencia de la propia entidad de soberanía a otras entidades supra nacionales, que a su vez son también entes de soberanía.

Con estas nuevas orientaciones no veo inconveniente en ampliar la aplicación del concepto más allá del Estado.

Si se hubiera querido identificar el concepto de soberanía con el de Estado, sería ocioso que después de hablar de Estados extranjeros, citara a continuación a las Entidades de soberanía extranjera.

Creo más útil, más conforme con la finalidad práctica que persigue la norma, aplicar la expresión "Entidades de soberanía extranjera" a aquellas organizaciones o entes, generalmente supranacionales, que actúan en la vida internacional con personalidad jurídica propia, con independencia, como sujetos del Derecho internacional público. Por ejemplo, Confederaciones de Estado, la O.N.U. y la U.N.E.S.C.O., Comunidad Económica Europea, etc. (3).

Si se tratara de Organización internacional de la que España formara parte en virtud de Tratado internacional válidamente celebrado y publicado íntegramente en el Boletín Oficial del Estado, habría que estar a lo que en su caso dispusiera el Tratado en materia de inversiones (*cfr.* art. 1.º.5 del Código Civil y art. 96.1 de la Constitución).

C. *Entidades oficiales y públicas extranjeras.*

La expresión no es muy afortunada. Oficial se contrapone a privado, oficial es público. Hablar de entidad oficial y pública envuelve una evidente tautología. Discutible, sin embargo, por la finalidad de la norma, que trata de remachar la sumisión a estas normas de todas aquellas entidades, sea cual fuere su

(3) También antes al menos la Orden de Malta, todavía llamada Soberana Orden de Malta por poner un ejemplo de ente que carece de ese aspecto supranacional que generalmente tienen estas Entidades que examinamos. Hoy se cuestiona por algún autor. Así DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho internacional público*, 2.ª ed., t. 1, Madrid, 1975, pág. 228.

naturaleza o estructura y su denominación, que de algún modo se hallen inmersas en la organización administrativa pública de un Estado extranjero, a veces con sistemas jurídicos y aun con gramática jurídica que puede ser y es, a menudo, bien distinta a la nuestra.

Dentro de este concepto pueden incluirse todas aquellas entidades que de algún modo se hallen encuadradas en la organización administrativa del Estado, región, provincia o municipio; en definitiva, en la Administración pública del país de que se trate. Para apreciar si un ente se halla en esta hipótesis “basta —dice GARRIDO FALLA (4)— el examen de la naturaleza de las relaciones o vínculos que le ligan a la Administración pública de que se trate: si éstos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina conoce con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización estatal”, o regional, provincial o municipal, añadido.

Este criterio puede ser válido también, aun con las naturales reservas, para el Derecho extranjero. Puede ser válido para la interpretación de esta norma, ya que lo que preocupa a la misma es precisamente esta dependencia jerárquica del ente público.

Como ejemplos podemos citar (5) los supuestos de Corporaciones públicas (como Cámaras Oficiales), personas jurídicas fundacionales (como el Instituto Nacional de Industria), establecimientos públicos personificados (como Bancos estatales y ciertos establecimientos culturales o de beneficencia estatales, regionales, provinciales o locales).

La expresión del Reglamento es lo suficientemente amplia para permitir incluir municipios, provincias, regiones extranjeras y Estados federales integrantes (no independientes) de un Estado federal.

(4) *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Parte General, 7.^a ed., Madrid, 1976, págs. 363 y ss.

(5) Siguiendo a GARRIDO FALLA: *op. cit.*, págs. 367 y ss.

D. *Empresas públicas extranjeras.*

Que no siempre se consideran como entes públicos. Por ejemplo, lo niega GARRIDO FALLA (6), para quien las sociedades mercantiles privadas que el Estado crea hay que entender que son privadas —una vez constituidas— no sólo frente a los demás particulares, sino frente al propio Estado, con cuyos organismos administrativos no deben confundirse en cuanto a su régimen. Es más, cree este autor que las “Empresas nacionales” ni siquiera son “entidades estatales”.

Claro está que el régimen de estas empresas en el Derecho extranjero ofrece una rica variedad de tratamiento. Pero no cabe duda, a la vista de la ratio de las normas del Reglamento que estudiamos, que su inclusión es acertada, dado el control o influencia que sobre ellas ejercen los entes públicos.

E. *Sociedades y empresas públicas extranjeras.*

140

Pese a la generalidad con que se halla redactada la norma de la Disposición Adicional 1.^a.1.b), no creemos pueda entenderse en términos literales para someter a su imperio a aquellas sociedades y entidades cuyas decisiones se hallen sometidas a un control general del Estado extranjero, financiero, monetario, fiscal o económico. De algún modo u otro, este control existe en casi todos los países. La norma sería inaplicable en la práctica si se entendiera con esta generalidad. Equivaldría a querer que dijera: “Todas las sociedades y entidades extranjeras de cualquier clase”, sin más, puesto que, repito, será raro encontrar un Estado extranjero que no controle las decisiones de las sociedades o entidades, aunque no sea más que por finalidades de orden fiscal, financiero, monetario o económico en general.

Porque el precepto que comentamos habla de “control”, no de previa autorización, o de posterior aprobación de las decisiones.

(6) *Op. cit.*, pág. 64, nota.

¿Qué es lo que la norma quiere decir?

Creo que la expresión “control” se emplea aquí en el sentido de “dominio”. Entidad controlada sería así “Entidad dominada” en alguna de las formas en que esta expresión se entiende por las normas diversas que abordan el problema que nos ocupa. Véase el propio artículo 6.º.1, párrafo tercero, y el art. 8.º.2, ambos del RD 671/1992.

Pero no necesariamente para seguir los mismos criterios, que, sin embargo, pueden ser orientadores. Y digo esto porque el supuesto de los entes públicos ejerciendo una posición dominante en una sociedad puede producirse por otros medios. Ya el RIE de 1986 eliminó el antiguo párrafo 2.º de la Disposición Adicional 2.ª.2, que en el RIE de 1975 precisaba que existe control efectivo cuando la participación extranjera por parte de los Gobiernos y entes públicos individualmente o sumadas sus participaciones excedan del 50 por 100 del capital de la sociedad española o cuando el Gobierno estime, con independencia de este porcentaje, que tales sujetos tienen una situación de dominio o prevalencia en la empresa.

No parece fácil llegar a determinar con precisión en muchos casos (y a priori) si una determinada persona jurídica extranjera está sometida al control de un ente público extranjero, a la hora de enfrentarnos con un Proyecto de inversión en que no fuese precisa (si de personas jurídicas privadas se tratara) ni verificación ni autorización.

El propio RIE derogado se hacía cargo de la dificultad al disponer en su Disposición Adicional 5.ª, que:

“Los Notarios, los Registradores Mercantiles o de la Propiedad, los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio y, en general, los funcionarios públicos se abstendrán de autorizar cualquier tipo de documento o practicar inscripciones referentes a inversiones de capital en España que, de acuerdo con lo dispuesto en estas disposiciones adicionales, requieran autorización especial sin que los interesados la exhiban.

No obstante, quedarán exentos de responsabilidad por la constancia de la manifestación que hagan los interesados de

no estar incluidos entre los sujetos a que se refiere la disposición adicional segunda. Respecto de los Registros de la Propiedad y Mercantiles bastará que dicha manifestación resulte de los títulos que se presenten a registración, sin que sea necesario hacerla constar en los libros registrales.”

Hoy esta disposición ha desaparecido en el nuevo texto del RD 671/1992.

Pero, en lo que se refiere al primer párrafo, es obvio que debe mantenerse el mismo criterio. Los Notarios se abstendrán de autorizar, y los Registradores de inscribir, cualquier documento que precisando autorización especial no la exhibieran los interesados, y así resulta en términos generales del art. 17.1, del RD 671/1992.

Ahora bien en lo que se refiere al segundo párrafo, la tendencia actual es a desplazar en los interesados la responsabilidad de su silencio acerca del tema, una vez instruidos por el Notario de las obligaciones legales en esta materia, tal como ya vimos al estudiar el sistema de verificación de inversiones.

Para los supuestos de sociedades españolas con participación extranjera en su capital, ya vimos en su momento que han desaparecido las Listas de sociedades españolas con participación extranjera en su capital.

No existen listas para las sociedades extranjeras, ni mucho menos para las que puedan estar dominadas por entes públicos. Pero la DGTE, elaboró una relación de países cuyas empresas tienen carácter público, subdividida en dos listas:

Lista A, que comprende los países en que no existe duda sobre el carácter estatal de las empresas.

Lista B, que contiene una serie de países en los que existiendo un sistema de economía centralizada, conviven con un sector predominantemente público empresas privadas, o no existe una definición duradera sobre el carácter de las empresas y, por tanto, hacen necesario el estudio caso por caso de su inclusión en el régimen especial de inversiones de empresas públicas.

Esta relación, elaborada con la conformidad de la DGRN,

fue trasladada a los Notarios a través de sus respectivos Colegios.

Con arreglo a ella, si se trata de un caso concreto de inversión de una empresa de país incluido en la Lista A, es necesaria y será siempre exigida por los Notarios la autorización especial. Mientras que si es de un país de la Lista B, los Notarios exigirán igualmente la autorización especial salvo que los interesados justifiquen debidamente el carácter privado de la sociedad inversora.

Me parece de interés la lectura de la Resolución-Circular de la DGRN de 20 de abril de 1982, que transcribo a continuación:

“Ilmo. Señor:

Una de las cuestiones que más dudas ha suscitado en la práctica notarial, al aplicar la legislación sobre inversiones extranjeras, es relativa a las inversiones realizadas en España por Estados y Entes públicos de soberanía extranjera, sujetas al régimen especial regulado en las Disposiciones Adicionales 2.^a y 6.^a del Reglamento de Inversiones Extranjeras.

A fin de solventar tales dudas y para facilitar la correcta aplicación de las mencionadas normas, la Dirección General de Transacciones Exteriores, con el conocimiento y la conformidad de este Centro Directivo, ha elaborado una relación de países cuyas empresas tienen carácter público, relación que, en rigor, incluye dos listas: la lista A, que comprende los países en los que no existe duda sobre el carácter estatal de las empresas, y la lista B, que contiene una serie de países en los que, existiendo un sistema de economía centralizada, conviven, con un sector predominantemente público, empresas privadas o no existe una definición duradera sobre el carácter de las empresas y, por consiguiente, hacen necesario el estudio, caso por caso, de su inclusión en el régimen especial de inversiones de empresas públicas.

Ambas listas se transcriben al final de esta relación como Anexo de la misma.

Por todo lo dicho se hace conveniente advertir, con carácter general, que, así como en relación con las empresas de los

países de la Lista A, es necesaria y, por ello, deberá siempre ser exigida por los Notarios a la autorización especial regulada en el Reglamento de Inversiones Exteriores, respecto de los países de la Lista B, los Notarios deberán proceder de igual forma, salvo que los interesados justifiquen debidamente el carácter privado de la sociedad inversora.

Lo que digo a V.I. para su conocimiento, el de esta Junta, traslado a todos los Notarios de ese Iltre. Colegio Notarial y demás efectos.— Dios guarde a V.I. muchos años.— El Director General.— Firmado: FERNANDO MARCO, rubricado.”

ANEXO

LISTA A

Unión Soviética.
República Democrática Alemana.
Polonia.
Checoslovaquia.
Hungría.
Rumanía.
Bulgaria.
Yugoslavia.
Albania.
China.
Cuba.
Libia.
Yemen del Sur.
Corea del Norte.
Vietnam.
Camboya.
Laos.
Mongolia.
Afganistán.
Angola.
Mozambique.
Guinea Bisau.

LISTA B

Iraq.
Siria.
Argelia.
Irán.
El Congo Brazzaville.
Etiopía.
Cabo Verde.
Madagascar.
Santo Tomé y Príncipe.
Somalia.
Tanzania.
Guinea Conakry.
Benín.

Mucho ha llovido desde entonces, y muchos cambios políticos y económicos se han producido en bastantes de esos países. Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico en tema de inversiones extranjeras también se ha modificado, aun cuando sustancialmente en este tema concreto, repito que en lo esencial, se mantienen los mismos criterios vigentes cuando se dictó la Circular.

Parece que estas listas de países pueden tener hoy un carácter orientador, con las más que naturales reservas, y tener cierta utilidad para ayudar al cumplimiento de los deberes profesionales de los Notarios. Y puede inducirse de su propia elaboración una presunción de que en los países no incluidos en las mismas no existe o no existía “control” de las sociedades por el Estado o entes públicos. Pero repito que tales listas, dado el tiempo transcurrido, no ofrecen garantía de certeza.

¿Es conveniente recoger en escritura la manifestación del o de los comparecientes acerca de que la sociedad que representan no está incurso en ninguno de los supuestos de las Disposiciones Adicionales 1.^a, 2.^a y 3.^a del RD 671/1992, que hacen precisa la autorización del Consejo de Ministros?

145

Conveniente puede serlo, indudablemente. Pero no es necesaria, ni puede exigirla el Notario, ni mucho menos el Registrador. Porque no existe hoy un precepto como el del derogado RIE en su DA 5.^a. Y porque aun bajo el régimen de dicho RIE, se estimó igualmente que era innecesaria.

Por otro lado, es indudable que en los supuestos de sociedades sujetas a control de un ente público, cuando se tenga constancia de que la sociedad se halla sometida al control de alguna de las entidades que enumera la Disposición Adicional 1.^a del RD 671/1992, lo procedente no es que los interesados hagan ciertas manifestaciones en la escritura, sino simple y llanamente la negativa a autorizar la escritura o a practicar la inscripción si no se justifica la obtención previa de autorización especial para la inversión.

Para el supuesto de que una sociedad comprendida en la

Disposición Adicional 1.^a o 2.^a, obtenga autorización del Gobierno para ejercer en España una actividad empresarial creando al efecto una sucursal, entiendo que tal sucursal (salvo que la autorización otra cosa diga) podrá desplegar la actividad comprendida en el objeto para que se creó sin que sea preciso nuevas autorizaciones para cada acto con tal que éste se halle incluido en el ámbito del objeto de la sucursal autorizada. Sería absurdo autorizar unas actividades (conjunto de operaciones) para luego exigir otra autorización para cada acto o operación. Tal exigencia haría inviable la vida de la sucursal.

Entiendo, sin embargo, que, fuera de dicho objeto, cualquier acto o negocio que suponga inversión extranjera en España quedará sujeta al régimen de la autorización especial prevista en la Disposición Adicional 1.^a.

146

Otra hipótesis es el de la sociedad española con capital (aun mayoritario) perteneciente a personas jurídicas extranjeras comprendidas en la Disposición Adicional 1.^a. Para adquirir tal participación se habrá necesitado autorización especial. Esta determinará las condiciones o limitaciones que configurarán el régimen especial de la sociedad. Pero si nada determinara, su régimen será el de las demás sociedades españolas con participación extranjera.

Salvo la especialidad de que conforme a la Disposición Adicional 1.^a.5, del RD 671/1992, precisaran autorización especial para toda modificación del objeto social de la sociedad española, para la modificación de cualquier condición impuesta por la anterior autorización. Para cualquier otra modificación precisarán autorización previa del Director General de Transacciones exteriores.

Estas son las únicas especialidades impuestas. No olvidemos que la Disposición Adicional 1.^a se refiere a sociedades extranjeras bajo control de entes públicos extranjeros, no a sociedades españolas dominadas por estas otras.

F. *Personas jurídicas privadas extranjeras que, después de invertir en España, sean objeto de nacionalización en su país.*

Es obvio que en el momento de invertir, por hipótesis, no se hallan sujetas al régimen especial de las Disposiciones Adicionales que estamos estudiando. El problema que plantea es el de una inversión extranjera efectuada regularmente por persona jurídica privada extranjera no sometida a control de las entidades que enumera la Disposición Adicional 1.^a 1. ¿Qué pasa cuando con posterioridad a la inversión la sociedad o persona jurídica inversora es “nacionalizada” en su país? ¿Puede mantenerse la inversión, o puede mantenerse con los porcentajes generales, según el sector en que se haya invertido, no obstante el cambio operado en la sociedad, que en virtud de la nacionalización pasa o puede pasar al grupo de las entidades que contempla la Disposición Adicional 1.^a 1?

El problema lo resolvía antes la Disposición Adicional 4.^a del RIE derogado, y hoy lo resuelve la Disposición Adicional segunda del RD 761/1992.

Según esta DA 2.^a del RD 671/1992:

“1. Las inversiones que hubieran efectuado en España personas jurídicas privadas domiciliadas en países no pertenecientes a la Comunidad Económica Europea se someterán a autorización especial del Consejo de Ministros cuando sus propietarios reales o titulares formales fueran objeto de nacionalización en su país de origen.

2. Dicha autorización especial será exigida tanto si las inversiones privadas hubieran sido anteriormente autorizadas conforme al régimen aplicable en el momento de su realización, como si las mismas no hubieran necesitado autorización alguna.

3. La autorización deberá ser solicitada al Consejo de Ministros en un plazo no superior a tres meses a partir de la nacionalización del sujeto inversor, sin perjuicio de que el Gobierno pueda adoptar las medidas cautelares y de vigilancia

que considere pertinentes a partir de la referida nacionalización.”

Son muchos los problemas que plantea esta Disposición Adicional.

El primero es el de saber cuando existe “nacionalización”, a efectos de dicha norma. En la Disposición Adicional 4.^a del derogado RIE se decía que a los efectos de estas normas se entiende que existe nacionalización “cuando resulten titulares de las inversiones extranjeras originariamente privadas, cualesquiera de las sociedades y entidades a que se refiere la Disposición Adicional 2.^a (equivalente a la Disposición Adicional 1.^a del RD 671/1992), de este Reglamento”. Así se expresaba el derogado Reglamento de Inversiones Extranjeras, en forma no muy clara ciertamente, como puede apreciarse con la exposición de las siguientes dudas, que yo ya había expresado en su tiempo (7):

148 “Inversiones extranjeras originariamente privadas”, ¿se refería esta expresión a las realizadas en la sociedad española por la sociedad nacionalizada antes de su nacionalización?, ¿o a las realizadas en la sociedad extranjera? ¿o a ambas?

Si se aceptaba la primera alternativa, resultaba difícil que se diese la hipótesis de hecho de la norma, a menos que con la nacionalización desapareciera la sociedad nacionalizada y el ente correspondiente absorbiera el patrimonio de aquélla. En otro caso, y a virtud del reconocimiento de la personalidad jurídica, titular de la inversión seguía siendo la misma sociedad inversora.

Si se aceptaba la segunda alternativa, no parecía muy correcto el apelativo de “inversiones extranjeras” para las realizadas en el propio país en donde se nacionaliza, por nacionales del mismo allí domiciliados.

Por extraño y forzado que parezca, el precepto había querido referirse a los dos aspectos que en el fenómeno de la

(7) Véase mi trabajo “Control de Cambios y Sociedades Anónimas”, en *AAMN*, T.º XXX, Vol. I, en homenaje a MANUEL DE LA CÁMARA, págs. 685 y ss.).

“nacionalización” preocupan desde el punto de vista de nuestra Administración. Y en este sentido, y sólo en éste, podía afirmar que es la tercera alternativa la que seguía el derogado Reglamento.

Tal Reglamento había querido decir: cuando los entes a que se refiere el número 1 de la Disposición Adicional 2.^a (equivalente a la actual Disposición 1.^a.1 del RD 671/1992), lleguen a someter a su control a la sociedad o entidad inversora, se entenderá que se ha producido una nacionalización de dicha sociedad o entidad, es decir, que la sociedad o entidad extranjera inversora había pasado a ser una de las que se comprendían en el número 1 de la Disposición Adicional 2.^a del RIE, es decir, resultase titular de la inversión extranjera originariamente privada una sociedad o entidad que ya se hallase comprendida en el número 1 de la Disposición Adicional 2.^a del citado RIE.

El actual RD 671/1992, en su Disposición Adicional 2.^a, no dice qué se entiende por nacionalización, quizá para no restringir demasiado el concepto, y darle cierta flexibilidad. A mí me parece obvio que debe seguirse el criterio que antes he expuesto en interpretación de la norma derogada del antiguo RIE, y además los que resultan de la interpretación del nuevo texto legal. Es decir:

Debe entenderse que existe nacionalización cuando la sociedad o empresa de que se trate:

- Pase a tener mayoría de capital público;
- O pase a estar sometida al control efectivo de cualquiera de las entidades enumeradas en la DA 1.^a.1.a), del RD 671/1992.

- O pase a tener la calificación de pública por la legislación de su país de origen.

El efecto que producía la nacionalización en el RIE derogado era: la posible caducidad de la autorización que para la inversión se hubiere podido conceder al amparo de las normas generales (Disposición Adicional 4.^a, 1, párrafo 1.º, del RIE derogado), o la remisión a la necesidad de obtener autoriza-

ción, si antes no la precisaba (Disposición Adicional 4.^a, 2, del RIE derogado).

La declaración de caducidad, o la de quedar incurso la persona jurídica extranjera en los supuestos del número 1 de la Disposición Adicional 2.^a del derogado RIE (equivalente éste a la DA 1.^a.1 del RD 671/1992), y en consecuencia a la necesidad de obtener autorización administrativa especial, correspondía al Gobierno español por Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda (Disposición Adicional 4.^a.1, párrafos 3 y 2, del RIE derogado).

Ahora bien, la declaración de caducidad exigía “previa audiencia de los interesados, y primordialmente de la sociedad española afectada” (Disposición Adicional 4.^a.1, párrafo 3, del RIE derogado). En este trámite se podían apreciar las consecuencias que la declaración de caducidad podría acarrear a la sociedad española en la que se hubiese invertido. Consecuencias que podían ser perjudiciales para ella y para la economía nacional, y aun sólo beneficiosas para el país que nacionaliza, o en general para la parte inversora, a virtud de las conductas que, como luego veremos, se habían de adoptar, relativas, o a la liquidación de la inversión por los titulares extranjeros o, en su defecto, al resultado a que se llegara de la nulidad de la inversión (Disposición Adicional 4.^a.4, del RIE derogado).

Era, por tanto, lógica la audiencia de la sociedad española, a fin de que pudiese formular las oportunas alegaciones, y a la vista de ellas pudieran mitigarse las consecuencias de la citada declaración.

La declaración de que los titulares extranjeros se hallaban incluidos en los supuestos del número 1 de la Disposición Adicional 2.^a del derogado Reglamento, y, en consecuencia, a la necesidad de obtención de autorización administrativa especial, se debía hacer “previa audiencia de los interesados” (Disposición Adicional 4.^a.2, del RIE derogado). Aunque para estas hipótesis no se mencionase por dicho Reglamento la

audiencia de la sociedad española, era mi criterio que no debía quedar ésta excluida del referido trámite, dada la identidad de razón existente.

Por “interesados” en ambos casos había que entender no sólo a la persona jurídica inversora, sino también a los que en virtud de las consecuencias de la declaración pudieran verse obligados a ciertas prestaciones (como devolución de cantidades, etc.).

El Gobierno español podía otorgar la autorización especial para mantener la inversión, tanto si ya se hubiesen producido las declaraciones previstas en los números 1 y 2 de la Disposición Adicional 4.º del RIE derogado (declaración de caducidad o de “inclusión” en el número 1 de la Disposición Adicional 2.ª de dicho RIE, y consiguiente necesidad de obtener autorización especial), como si todavía éstas no se hubieran producido, en cuyo caso no serían necesarias (Disposición Adicional 4.ª, párrafo 1.º, del repetido RIE).

151

El Reglamento recordaba, aun siendo obvio, que “en cualquier caso el Gobierno podrá adoptar, si lo estima procedente, las medidas cautelares y de vigilancia que considere pertinentes” (Disposición Adicional 4.ª.3, párr. 2.º, del RIE).

¿Qué ocurría si, no obstante la declaración del Gobierno relativa a la “caducidad” o a la “inclusión”, no se otorgara la autorización especial exigida por el número 3 de la Disposición Adicional 4.ª del RIE derogado?

Contestaba a la pregunta el número 4 de esta Disposición Adicional 4.ª en los siguientes términos:

“De no otorgarse la autorización especial a que se refiere el número anterior, los titulares extranjeros liquidarán su inversión en el plazo fijado en la correspondiente declaración “de caducidad” o “de inclusión”.

“El incumplimiento de lo previsto en los párrafos anteriores acarreará, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final 2.ª de este Reglamento, la nulidad de la inversión extranjera, desde la fecha que en su caso señale el Decreto de caducidad o inclusión.

“La nulidad expresada no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceros.”

Resumiendo: en el supuesto de no obtención de la autorización administrativa especial procedía lo siguiente:

1.º Liquidación de la inversión por los titulares extranjeros, en el plazo señalado al efecto en la declaración administrativa por Decreto de “caducidad” o de “inclusión”.

2.º En su defecto se había de producir la nulidad de la inversión a partir de la fecha que en su caso señalase el Decreto de caducidad o inclusión.

Partiendo de la base de que en los casos generales la sociedad en la que se produjo la inversión revista la forma jurídica de Sociedad Anónima examino (en el trabajo citado anteriormente) las dos alternativas, soluciones o remedios.

152

La primera solución, liquidación de la inversión, no había de plantear graves problemas en los casos generales. Incluso en la hipótesis de existencia de cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones, ya que no hay incompatibilidad entre el respeto de la norma y el cumplimiento del acto estatutario sobre limitación de dicha transmisibilidad. Este último debería ser observado. Y previamente, caso de existir, era de esperar que el Gobierno, en el Decreto de “caducidad” o de “inclusión”, tuviese en cuenta dicho pacto y, en consecuencia, el plazo que señalase para la liquidación de la inversión se armonizase con el o los plazos que normalmente se señalan en los Estatutos para dar práctico cumplimiento a dicho pacto.

La decisión de liquidar la inversión correspondía, claro está, al titular de la misma. Era decisión obligada por la norma que comentamos, pero cuya propia norma preveía que no se cumpliese.

Había que acudir entonces al último remedio: la nulidad, conforme preveía el párrafo 2.º, número 4, de la Disposición Adicional 4.ª del RIE derogado.

Pero ésta presentaba no pocos problemas de difícil solución.

Empezando por la cita de la Disposición Final 2.^a que se contenía en dicho párrafo, cita equivocada (debía ser Disposición Final 1.^a) y de dudoso acierto, si se tiene en cuenta que la inversión en su momento se realizó regularmente y sin propósito fraudulento, quiero decir sin fraude a la Ley. Ya que ha sido una circunstancia sobrevenida, la “nacionalización”, la que desencadena esta posible nulidad.

Más que de nulidad, quizá fuese mejor hablar de ineficacia. La palabra “nulidad” debía entenderse en este sentido amplio de ineficacia. Y para salvar el propósito o fin práctico de la norma y que ésta, en consecuencia, pudiera ser observada, había que entender que las autorizaciones administrativas ordinarias para inversiones de personas jurídicas o las normas permisivas de estas inversiones otorgan la posibilidad de invertir condicionada al mantenimiento del status privado de la persona jurídica inversora.

Se trataba de una ineficacia sobrevenida. Ineficacia además automática, en cuanto era la propia norma la que *ipso iure* por el mero hecho de la nacionalización y ulterior incumplimiento de los requisitos antes vistos dentro de los plazos señalados, decretaba la ineficacia de la inversión.

Era además una ineficacia funcional, no estructural, porque el negocio a través del cual se realizó la inversión se ha llevado a cabo regularmente, sin vicios ni defectos, pero con la “nacionalización” del sujeto inversor puede contribuir a “obtener un resultado contrario a derecho o un resultado que el derecho no puede consolidar” (8).

Esta ineficacia se declaraba por Decreto (el propio Decreto declarando la “caducidad” o “inclusión”), y ya hemos visto que con audiencia de los interesados y de la sociedad española.

Con la ineficacia de la inversión se producían, o debían

(8) En términos generales así caracteriza Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1970, pág. 295) a la ineficacia funcional. Sobre los distintos tipos de ineficacia, véase Díez-PICAZO, *op. cit.* págs. 287 y ss.

producirse, determinadas consecuencias, distintas según la naturaleza del negocio en virtud del cual se hubiese producido:

Si la inversión societaria se realizó por compra de acciones, afectaba al negocio de compraventa. Las acciones compradas debían volver al vendedor y éste devolver la cantidad recibida. ¿Toda la cantidad? ¿Sólo esa cantidad? En principio parecía que sí, aunque no obstante podía pensarse que las acciones hubiesen experimentado una disminución o un aumento de valor según las vicisitudes económicas de la sociedad hasta ese momento.

¿También en esos extremos iba a tener competencia la Administración? Parece que no. Esta competencia debía ser propia de los Tribunales de Justicia.

Pero entre tanto ¿quedará en suspenso la ineficacia impuesta por el Decreto de “caducidad” o “inclusión”?

154

No eran menores las interrogantes que surgían con todas sus dificultades de respuesta cuando se tratase de inversión llevada a cabo al constituirse la sociedad.

Y no quiero cansar al lector con la exposición de todas estas nuevas interrogantes, que bastante tiene con haber leído las anteriores. Quien tenga interés puede verlas en mi trabajo antes citado.

Lo cierto es que *las referidas normas no han sido recogidas por el RD 671/1992*. En su Disposición Adicional 2.^a se limita a someter a *autorización especial* del Consejo de Ministros las inversiones en España por personas jurídicas privadas no comunitarias, cuando sus propietarios reales o titulares formales fueran objeto de *nacionalización* en su país de origen.

“Propietarios reales o titulares formales”. Se quiere salir al paso de toda discusión. En uno u otro caso procede la exigencia de autorización.

Tal autorización debe solicitarse al Consejo de Ministros en el *plazo* no superior a tres meses a partir de la nacionalización del sujeto inversor. Por tanto, no hay previsión de ningún Decreto o Resolución administrativa sobre este particular. La iniciativa ha de ser de la propia sociedad afectada.

No afecta a las personas jurídicas privadas domiciliadas en países pertenecientes a la Comunidad Económica Europea (cfr. DA 2.^a.1, RD 671/1992).

En cuanto a los *efectos*, nada de nada, en la Disposición Adicional 2.^a del RD 671/1992. Tan sólo una mera alusión a la posibilidad de que el Gobierno pueda adoptar las medidas cautelares y de vigilancia que considere pertinentes a partir de la referida nacionalización.

La vigilancia no es nada nuevo. Y no precisamente para este caso excepcional, sino en todo momento, es ya de competencia del Ministro de Economía y Hacienda (*sic*) “vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre inversiones extranjeras” (art. 21.1.h, del RD 671/1992).

Y en cuanto a las “medidas cautelares” no expresa cuales pueden ser, dejándolas a voluntad del propio Consejo de Ministros (las “que considere pertinentes”). Medidas por tanto que están un poco bastante en el aire.

Por todo lo cual parece que la nueva redacción obedece a unas meras declaraciones de principios, cuyas dificultades se pondrán de manifiesto cuando llegue el caso de su aplicación.

Como ya ocurrió con las derogadas normas de la DA 4.^a del derogado RIE de 25 de septiembre de 1986.

Con ocasión de las nacionalizaciones de sociedades producidas en Francia por Ley de 13 de febrero de 1982, se dictó en España la Orden de 22 de febrero de 1982, en la que se disponía en síntesis que la DGTE abriría los expedientes previstos en la DA 4.^a del RIE, señalando al efecto un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de dicha Orden para que las entidades que se enumeraban en el Anexo de la orden se personaran en el expediente, y para que las sociedades españolas controladas por tales entidades pudieran comparecer y hacer las alegaciones que tuvieran por conveniente, y en fin determinaba que la DGTE “podrá adoptar las medidas cautelares y de vigilancia que estime pertinentes. En especial *someterá a su previa conformidad los pagos exteriores de las sociedades españolas afectadas, no derivados de operaciones comerciales*”.

Bien poca cosa, y además en relación a unas sociedades que por estar domiciliadas en Francia, hoy no quedarían afectadas por tales normas.

Por otro lado, salvo lo dispuesto en la Orden citada, no tengo noticias de que los mecanismos de la Disposición Adicional 4.^a del derogado RIE, se hayan aplicado.

Tramitación de la autorización.

Rigen las normas generales del art. 24.2, RD 671/1992, las de la Instrucción 6.^a de la Res. DGTE de 6 de julio de 1992, y las particulares aplicables a cada tipo de inversión. Así para las inversiones directas, la Instrucción 13 de la citada Resolución. Para inversiones en inmuebles la Instrucción 33 de la misma Resolución. Para otras formas de inversión la Instrucción 38 de la repetida Resolución.

Declaración de la inversión.

Son aplicables las normas generales y las particulares previstas para cada tipo de inversión, según ya hemos explicado antes en su momento oportuno.

156

VIII. Formalización de la inversión

A lo largo de todo el tema hemos estado haciendo continuas referencias a la formalización de la inversión, ante Notario o ante fedatario público, de modo que con su lectura se aprecia el importante papel que ellos desempeñan en el proceso de formalización de la inversión. Volver ahora sobre esto puede parecer inoportuno o fuera del adecuado lugar de tratamiento en apartados anteriores. Pero es que tampoco me parecía muy correcto cerrar este estudio sin tratar directamente el tema de este epígrafe. Y por eso lo voy a hacer *hic et nunc*.

La legislación de inversiones extranjeras ha venido exigiendo la necesaria formalización de la inversión ante Notario o fedatario público. Lo exigía ya el art. 29 del RIE de 31 de

octubre de 1974. Lo exigió la LIE de 27 de junio de 1986, en su art. 16 y el RIE de 25 de septiembre de 1986 en su art. 17.

El Real Decreto 671/1992, sigue el mismo criterio en su art. 17. En su apartado 1 dispone:

“1. Las inversiones extranjeras, con la salvedad establecida en el apartado 3 siguiente, así como en los supuestos del artículo 2.2 y en la disposición transitoria primera del presente Real Decreto, se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español. Dichos fedatarios públicos, así como los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán exigir a los particulares la presentación de los documentos que acrediten haber cumplido los requisitos exigidos en las normas sobre inversiones extranjeras en España, incluidas las justificaciones de la condición de no residente a que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto y de la forma de aportación de entre las previstas en el artículo 3, según se establezca en las normas de desarrollo de este Real Decreto, al objeto, según proceda, de su incorporación a la matriz o libro registro como documentos unidos por el fedatario público o conservación en su archivo por el Registrador de la Propiedad o Mercantil”.

157

La regla general es pues la de que la formalización de la inversión se haga en documento autorizado por fedatario público español.

La necesidad de intervención de fedatario público español, se mantiene por el RD en el artículo 17, en su apartado 2, incluso para el supuesto en que se pretenda formalizar la inversión en el extranjero. Según dicho apartado 2:

“Las sucesivas transmisiones de los bienes o derechos en que se hubieran materializado las inversiones extranjeras en España, efectuadas en el extranjero entre no residentes, requerirán la intervención de fedatario público español”.

Esta norma, es de carácter imperativo, y no puede oponerse frente a la regla “locus regit actum”. El propio artículo 11 del Código Civil, después de sentar tal regla en su apartado 1 con

carácter general, y de establecer ya excepciones en el propio apartado 1 de dicho artículo 11, ordena en su apartado 2 que “Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiera para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el *caso de otorgarse aquellos en el extranjero*”.

Aquí las normas reguladoras del contenido de los actos y contratos que tengan por objeto una inversión extranjera, o si se quiere decir de otro modo, de los actos y contratos que inciden en el ámbito del control de cambios, y más concretamente en esa parte del control de cambios que es el conjunto normativo sobre inversiones extranjeras, y de acuerdo con lo que prevé el artículo 2.º.1, de la Ley de control de cambios (según el cual “corresponderá al Gobierno en defensa de los intereses generales regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior”, es decir los que incidan en el control de cambios) imponen por regla general la forma pública. Y en esa imposición de la forma pública no hay extralimitación. El Código Civil habla de la Ley (o norma) reguladora del contenido de los actos y contratos. Se refiere al hablar de contenido, a la materia objeto del contrato, que por hipótesis es aquí una inversión extranjera.

Aunque la norma tiene rango de Decreto, se halla respaldada por el artículo 2.º de la Ley de Control de Cambios, al amparo de cuyo precepto se ha dictado el Real Decreto 671/1992, como reconoce el mismo en su Exposición de Motivos. Si la norma “reguladora del contenido de los actos y contratos”, en este caso, es decir en la hipótesis de inversiones extranjeras, no ha de tener necesariamente rango de ley, no parece que se puedan poner muchos peros a tal exigencia de forma pública, cuando ésta además, se inspira en los intereses generales de la regulación de esta materia, y hasta me atrevería a decir que como pieza importantísima en el funcionamiento de todos los mecanismos que giran en torno a la misma.

Excepciones a la exigencia de fedatario español en la formalización de la inversión.

Se contienen en el propio artículo 17 del Real Decreto 671/1992. Son las siguientes:

1.^a *La del apartado 3 del art. 17.* Según este apartado:

“No será necesaria la intervención de fedatario público para la adquisición, por no residentes, de valores cuya transmisión entre residentes pueda hacerse sin esa intervención, siempre que se efectúen con la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores o de cualquiera otra entidad cuya intervención sea necesaria para la operación, de acuerdo con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

“Dichas entidades estarán sujetas a la misma obligación de comprobación documental prevista para los fedatarios públicos y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el apartado 1 anterior”.

Obsérvese que se permite que se pueda prescindir de formalización por fedatario público español. Pero no se le dispensa de la intervención de cualquier otra persona. Aquí las obligaciones de comprobación documental previstas para los fedatarios públicos, se les impone ahora a esas sociedades o agencias de valores o entidades a que se refiere el apartado que estudiamos.

2.^a *La del artículo 2.2.* Se refiere aquí a las dos hipótesis, de “desinversión” y de “inversión”, que se establecen en dicho apartado 2 del art. 2. Es decir, las de que la inversión extranjera deje de serlo, sin necesidad de ningún nuevo negocio jurídico, sino por el simple hecho de que el no residente adquiera o recupere la residencia en territorio español supuesto en que se entiende por dicho precepto que la inversión deja de ser extranjera (“desinversión”), y en el caso en que la persona física residente hubiera hecho una inversión en España, y después trasladara su residencia al extranjero, en cuyo caso tal inversión adquirirá la condición de extranjera sin necesidad de ningún nuevo negocio jurídico (“inversión”).

En estos casos no se exige para que se produzca esa “desinversión” o “inversión extranjera”, que actúe ningún fedatario. El fenómeno se produce *ex lege* por mandato de la norma. Y surge a cargo del titular de la inversión la obligación de formular la oportuna declaración al Registro de Inversiones, en la forma que determina la Instrucción 8.ª.6 de la Resolución de 6 de julio de 1992, conforme a la cual:

“Si la declaración de la inversión o de su liquidación se efectúa por cambio de residencia, se tramitará directamente por su titular quien cumplimentará el correspondiente impreso, retendrá en su poder los ejemplares 4 y 5 y remitirá los restantes al Registro de Inversiones en el *plazo de seis meses* a contar desde la fecha en que pueda acreditarse la nueva residencia de acuerdo con el artículo 2.º del RD 1816/1992, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior. Dicha acreditación se acompañará a la correspondiente declaración de la inversión o de su liquidación”.

160

La Disposición transitoria segunda se refiere al procedimiento de liquidación de las inversiones mantenidas por extranjeros residentes o por españoles no residentes realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del RD, con cargo, respectivamente a su patrimonio exterior o al patrimonio constituido antes del cambio de residencia, para remitirse a las normas de desarrollo del RD.

La Resolución de 6 de julio 1992, en su Disposición Transitoria 5.ª.1, ordena que “las inversiones que mantengan extranjeros residentes realizadas con capital exterior se cancelarán de oficio por la DGTE en los casos en que el inversor no hubiese dado de baja las mismas ante el Registro de Inversiones en el plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor de la presente resolución (al día siguiente de su publicación en el BOE —salvo para las normas contenidas en su anexo II, que entrarán en vigor el 1 enero 1993—, y se publicó en el BOE de 14 julio 1992)...”

3.ª *La de la Disposición Transitoria primera.* Según esta Disposición:

“A la entrada en vigor del presente Real Decreto (lo que tuvo lugar según su disposición final segunda, el mismo día de su publicación en el BOE, es decir el 4 de julio de 1992), los titulares no residentes de inversiones efectuadas con cargo a las extinguidas cuentas extranjeras de pesetas ordinarias deberán declarar dichas inversiones al Registro de Inversiones, en los términos que se determinen en las normas de desarrollo de este Real Decreto”.

A tal fin, la Disposición Transitoria primera 2, de la Resolución de 6 de julio de 1992 dispone:

Las inversiones efectuadas en sociedades españolas no cotizadas, sucursales, establecimientos, inmuebles y las “otras formas de inversión” referidas en este artículo 14 ([sic] debe entenderse “en el artículo 14”) del RD 671/1992 con cargo a las extintas “cuentas extranjeras de pesetas ordinarias”, tendrán la calificación de inversiones extranjeras en España y deberán declararse al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda en el *plazo de tres meses* a contar desde la entrada en vigor de la presente Resolución (entró en vigor a estos efectos el 15 de julio de 1992, según la Disposición Final segunda de la misma). A tal efecto, bastará con que el interesado remita a la DGTE un escrito en el que se contengan todos los datos relativos a la inversión de que se trate debiendo indicarse que dicha inversión se efectuó con cargo a las mencionadas cuentas.

“Lo anterior será igualmente de aplicación para la liquidación de las inversiones efectuadas con cargo a dichas cuentas”.

LA VENTA DE COSA COMUN POR EL COMUNERO AISLADO

(y II)

EDUARDO MÉNDEZ APENELA

Notario

163

SUMARIO: 1. La jurisprudencia sobre la venta del comunero aislado. **a)** *La venta aislada del cónyuge viudo de los bienes comunes pendiente la liquidación de la sociedad conyugal.* **b)** *La venta aislada del coheredero de bienes hereditarios pendiente la partición de la herencia.* **c)** *La venta aislada del copropietario en el condominio ordinario.* 2. La posible contravención del artículo 397 del Código civil. 3. Rasgos generales del régimen jurídico de la venta del comunero aislado. 4. Notas complementarias.

c) *La venta aislada del copropietario en el condominio ordinario.*

En relación con el supuesto de la venta aislada del copropietario en el condominio ordinario nos encontramos con un grupo de sentencias más escaso que los anteriores, pero mucho más intransigente. Quizá el grupo pueda reducirse a las sentencias de 19 de junio de 1945, 11 de febrero de 1952, 26 de febrero de 1982, 8 de noviembre de 1983 y 19 de diciembre de 1985.

Como ya señalamos, no nos interesan aquellos supuestos en los que el copropietario vende la cosa común en nombre propio y además invoca la representación de otro u otros copropietarios de la que carece. En estos supuestos, como antes apuntábamos, puede hablarse de la falta de un consentimiento esencial, de una inexistencia negocial, al menos *pro parte*, que cae dentro del ámbito del artículo 1.259 del Código civil. Estas características las reunía el supuesto que motivó la sentencia de 23 de junio de 1976, aunque en la misma no se habla de inexistencia sino de nulidad radical por contravenir lo establecido en el artículo 397 del Código civil (53).

(53) En la sentencia de 23 de junio de 1976, la viuda por sí y en representación de un hijo —sin acreditarla ni ostentarla— y sus otros dos hijos vendieron en documento privado al demandante una porción de un bajo y un piso en construcción. El comprador entabla demanda contra la viuda y sus tres hijos solicitando que se declare válida la compraventa y subsidiariamente, para el caso de que se declare nula, pide una amplia indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado y la Audiencia declaran la nulidad del contrato, condenando a la viuda y a sus dos hijos intervinientes en el contrato a devolver el precio recibido y sus intereses legales. Recurre demandante y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso señalando "... vendieron toda la finca en un acto de disposición total sin contar con la voluntad de uno de los condóminos, por lo que ello deriva necesariamente en la nulidad radical, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 397 del Código civil y doctrina jurisprudencial —sentencias de 9 de febrero de 1954, 30 de abril de 1958 y 11 de abril 1953— pues es lo cierto, que ello llevó en sí un acto de disposición comprendido en este último precepto citado ..."

La doctrina jurisprudencial citada en la sentencia no parece totalmente adecuada: la sentencia de 9 de febrero de 1954 trata de una litis sobre aprovechamiento de aguas, sólo en su tercer considerando contiene algunas manifestaciones en torno a cómo debe funcionar la comunidad de bienes; la sentencia de 30 de abril de 1958 declara la nulidad de una venta realizada por la viuda de una finca privativa y varias fincas gananciales,

Quizás deba aludirse, con algunas reservas, a las sentencias de 10 de diciembre de 1966 y de 14 de diciembre del 1973, ninguna de las dos contemplan una compraventa, la primera se refiere a un traspaso y la segunda a una prórroga de un arrendamiento por más de seis años, realizados por un comunero aislado, ambas sentencias hablan de nulidad radical y absoluta por ser contraria a las normas (54).

Tanto la sentencia de 19 de junio de 1945 como la de 11 de febrero de 1952 pueden calificarse de inexpresivas. Ciertamente que la primera sentencia habla de nulidad de la venta del comunero aislado y la segunda de la invalidez de la misma pero ninguna de las dos matiza y perfila esa nulidad o invalidez (55).

estando sin liquidar la sociedad conyugal, por falta de precio y ausencia de consentimiento de la anciana de más de ochenta y cinco años de edad. De la sentencia de 11 de abril de 1953 ya hemos tratado anteriormente (*Vid. supra* n. 42 y 43) y en ella no se habla en modo alguno de nulidad radical.

(54) En la sentencia de 10 de diciembre de 1966 se habla de nulidad radical por contravención del artículo 397 del Código y también de inexistencia por falta del consentimiento esencial, la sentencia de 19 de diciembre de 1985 la invocará como precedente jurisprudencial, en materia de venta del comunero aislado, e incluso transcribirá parcialmente uno de sus considerandos. También la sentencia de 8 de julio de 1988 reiterará su doctrina.

En cuanto a la sentencia de 14 de diciembre de 1973, de acuerdo con el último considerando de la misma las normas que se consideran infringidas y, consecuentemente, determinantes de la falta de validez son el artículo 398 del Código y la normativa específica del contrato de arrendamiento, tanto en general, como aparece en el artículo 1.543, como en particular, según resulta del artículo 1.548, en relación éste con los actos que puede realizar un administrador. No es éste el momento de analizar esta sentencia en concreto, bástenos señalar que la nulidad se declara por contravención de unas normas no aplicables a la venta del comunero aislado, por ello su doctrina es dudosamente generalizable, aunque algunas sentencias, como la de 19 de diciembre de 1985, invoquen este precedente jurisprudencial.

(55) En la célebre sentencia de 19 de junio de 1945, la Audiencia y el Juzgado, acogiendo la demanda de los demás condueños, declaran la nulidad de la venta de la maquinaria de un periódico realizada por un comunero aislado, pero el recurso interpuesto por la entidad compradora discurre exclusivamente sobre la posible aplicación y alcance del artículo 464 del Código civil, sin que el Tribunal Supremo entre en tema de la nulidad declarada. Tampoco la sentencia de 11 de febrero de 1952 ofrece muchos datos, el copropietario de un camión demanda al otro pidiendo la rendición de cuentas y la disolución de la comunidad con la venta del camión en pública subasta. El demandado realiza unilateralmente la venta del camión, por entender que no procede la venta en pública subasta, en aquellas fechas no autorizada para camiones.

Las dos sentencias que de forma patente rechazan y sancionan la invalidez de la venta del comunero aislado son las de 26 de febrero de 1982 y la de 19 de diciembre de 1985. Ambas hablan alternativamente de nulidad radical e inexistencia, pero parece que la primera se inclina por la inexistencia (56) y la segunda por la nulidad radical (57).

La Audiencia, modificando en este punto la sentencia del Juzgado, señala que procede disolver la comunidad vendiendo el camión en pública subasta. Recurre el demandado y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, señalando que la venta de cosas comunes ha de realizarse con la autorización o intervención de todos los condueños, sin que pueda realizarla un copropietario aisladamente, que al hacerlo infringe el artículo 404 del Código, por lo que “llevada a efecto la enajenación en las expresadas condiciones, no puede admitirse su validez cualquiera que fuere la posibilidad legal de *celebración de subasta en la venta de camiones usados*”.

(56) En la sentencia de 26 de febrero de 1982 una viuda, usufructuaria de la total finca, y su hija, titular de una tercera parte indivisa en nuda propiedad, venden toda la finca a una sociedad anónima. Más tarde, la viuda y sus tres hijas piden que se declare inexistente la compraventa. La demanda prospera en el Juzgado y la Audiencia que declaran la inexistencia del contrato de compraventa, debiendo las partes restituir la finca y el precio recibido, con sus frutos e intereses respectivamente. Recurre la sociedad compradora, alegando que se ha infringido por violación el artículo 1.261 del Código civil y el Tribunal Supremo, declara no haber lugar al recurso y señala, en su segundo considerando, que: “faltó el consentimiento de dos de las nudas copropietarias ... (pues) ... sólo aparecen como vendedoras la viuda del causante (usufructuaria vitalicia) y una de sus tres hijas, titulares del ‘proindiviso’ de la finca, interviniendo aquéllas en su propio y exclusivo derecho, sin que tampoco haya constancia de una confirmación o ratificación posterior”. Con todo, esta sentencia no deja de plantearnos algunas dudas en la calificación de la nulidad. Si en la demanda se pedía la declaración de la inexistencia de la compraventa y la pretensión prosperó en el Juzgado y la Audiencia, en el mismo considerando que rechaza la violación del artículo 1.261 del Código, al examinar otro motivo del recurso, donde se alegaba inaplicación del artículo 399, en relación con el artículo 1.445 del Código, se señala: “lo que se vende en el contrato de 1973 por la usufructuaria y una de las copropietarias no es la parte de ésta, sino la totalidad de la finca, por lo que no mediando el consentimiento de las otras partícipes en la comunidad que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que éste va en contra de lo dispuesto en el artículo 397 del Código, incurriendo en la sanción de nulidad radical que aplicaron los Juzgadores de instancia”.

(57) La sentencia de 19 de diciembre de 1985 se enfrenta con rotundidad con la venta de una finca urbana realizada por uno de los copropietarios en nombre propio, además en el supuesto se interfiere la incapacidad del otro copropietario y una segunda venta realizada por ambos que accede al Registro pero ninguno de los dos matices son decisivos en la resolución del litigio. Demandan los compradores solicitando que se declare la validez de la venta y el Juzgado y la Audiencia rechazan esa validez y señalan que la enajenación aislada “incurrir, de un lado en la sanción de nulidad prevista en el artículo 4.º ... (del Código), en cuanto es contrario a un mandato legal

De la infracción del artículo 397 del Código civil y de sus posibles consecuencias trataremos posteriormente, en estos momentos quizá convenga hacer algunas precisiones sobre la posible inexistencia de la venta de la cosa común por el comunero aislado por aplicación del artículo 1.261 del Código. Hablar de inexistencia de la venta de cosa ajena por falta del consentimiento del propietario no constituye una novedad en nuestro Derecho, hace muchos años lo había sugerido SCAEVOLA (58) pero sus ideas en relación a la falta del consentimiento esencial del artículo 1.261 del Código no tuvieron apenas trascendencia (59) hasta hace algunos años que se comenzaron a utilizar para la venta del comunero aislado (60).

Con palabras de MIQUEL (61) puede afirmarse que “es evidente, y demasiado elemental para tener que recordarlo, que el consentimiento al que se refiere el artículo 1.261 es el de las partes contratantes”. La compraventa requiere el consentimiento entre el comprador y el vendedor y existiendo éste cumple con el requisito exigido por el artículo 1.261-1.º del Código. La falta del consentimiento del propietario en la venta de cosa ajena, o el del copropietario en la venta de cosa común, no afecta a la validez del contrato, consentido por el comprador y el vendedor, afectará, eso sí, a los efectos traslativos de la compraventa, pues nadie puede disponer de lo que no tiene. Como señalábamos anteriormente, al comentar las

expreso y, de otro, está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe el consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1.261”. Recurren los compradores y el Tribunal Supremo rechaza el recurso y se inclina, en el cuarto de sus fundamentos de Derecho, por la nulidad radical de la enajenación aislada por contravención del artículo 397 del Código.

(58) Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil, comentado y concordado extensamente*, XXIII (Madrid 1906), p. 274.

(59) Las ideas de SCAEVOLA sobre la falta de objeto en la venta de cosa ajena, tuvieron una mayor influencia en la jurisprudencia.

(60) También se ha utilizado la inexistencia por falta de consentimiento esencial en sede de arrendamientos para negar la eficacia del traspaso, de la renuncia o del arrendamiento realizado por un coarrendatario aislado, así en las sentencias de 10 de diciembre de 1966, 26 de febrero de 1981, 8 de julio de 1988 y 28 de marzo de 1990.

(61) MIQUEL, *Comentarios*, V-2, cit. p. 397.

sentencias de 11 de abril de 1953 y de 1 de marzo de 1954, parece que debe hablarse de validez del contrato de compraventa, pues reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 1.261, y de ineficacia traslativa, mejor de inexistencia de efectos traslativos, por faltar el consentimiento del propietario o del copropietario. Quizá este último sea el sentido de la sentencia de 8 de noviembre de 1983, aunque utiliza una terminología relativamente confusa (62), pues en definitiva la sentencia se limita a señalar que la venta de un copropietario aislado no vincula al cotitular no interviniente, que carece de eficacia frente al mismo, pero en modo alguno califica las enajenaciones realizadas por el copropietario aislado de radicalmente nulas, ni de totalmente inexistentes, como las sentencias anteriormente examinadas y como se pretendía en la reconversión. Esta doctrina es totalmente compatible con el régimen general de la venta de cosa ajena.

(62) Tres copropietarios construyen en comunidad un edificio y dos de ellos, aisladamente y en propio nombre, venden dos pisos. Demandan los compradores a los tres copropietarios pidiendo que se condene a los demandados a elevar a escritura pública los documentos privados de compraventa; se manifiestan conformes los dos vendedores pero el tercer copropietario, que no intervino en las ventas, reconviene pidiendo que se declare la inexistencia, nulidad de pleno derecho e ineficacia de sus contratos, reconversión que no prosperó por motivos procesales. Se admite la demanda en el Juzgado y en la Audiencia, pero el Tribunal Supremo casa la sentencia estableciendo que no puede prevalecer la petición de condena del tercer copropietario no interviniente. En el recurso se denunció interpretación errónea del artículo 1.259 —que no prospera, pues no era aplicable al supuesto en litigio, dado que los enajenantes se arrogaron el dominio de lo vendido— y del artículo 1.261 del Código civil que sí prospera. El tercer considerando señala: “la cuestión sí es encuadrable en el artículo 1.261-1 pues se trata de que no existiendo manifestación de voluntad negocial por parte (del tercer copropietario) ... es patente que carecerá de eficacia frente al titular exclusivo o el cotitular la enajenación realizada por quien carece del poder de disposición, como acontece en el caso objeto de recurso, pues ya se entienda que se trata de una comunidad o se califique a la situación de sociedad particular informal, los artículos 397 y 1.995 (1.695?) regla 4.ª, del Código civil, impedirían a dos de los condueños o socios proceder a la venta de los pisos sin recabar la intervención o la anuencia del tercero, por lo cual los negocios celebrados no vinculan a éste pues con relación a los actos dispositivos no rige el principio de la mayoría”.

2. La posible contravención del artículo 397 del Código civil

De lo expuesto a lo largo del apartado anterior quizá podamos deducir algunas conclusiones para iniciar la búsqueda del posible régimen jurídico de la venta de la cosa común por el comunero aislado. Por una parte, no parece arriesgado señalar que la distinción entre las tres variantes de la venta del comunero aislado, que sirvió para estructurar la exposición, no está totalmente justificada. Si, como señalamos, es pacífico (63) que tanto la venta de bienes gananciales, pendiente su liquidación, como la venta de bienes hereditarios, pendiente la partición, se rigen por las reglas de la copropiedad es lógico pensar que la venta aislada del viudo, del coheredero o del copropietario correrán igual o parecida suerte.

Por otra parte, la crítica esbozada a las sentencias hasta ahora citadas nos permite prescindir de varias formas de negación de la validez de la venta aislada del comunero, como pueden ser la que nos habla de la nulidad radical por contravenir una norma específica derivada del régimen de gananciales, que parece no existir (64), tampoco parece admisible proclamar la inexistencia de la venta por falta del consentimiento esencial, previsto en el artículo 1.261 del Código (65), o esa extraña mezcla de nulidad y validez *inter partes*, sugerida en alguna sentencia (66).

De admitirse como buenas estas ideas, parece que el problema de la validez de la venta del comunero aislado, en cualquiera de sus modalidades, debe de dilucidarse desde las normas de la copropiedad. Si a todas las modalidades de la venta de cosa común se les aplica, como vimos, las normas de

(63) *Vid. supra* n. 3 y n. 36.

(64) *Vid. supra* las sentencias de 12 de febrero de 1957 (n. 10), 20 de mayo de 1957 (n. 10), 4 de febrero de 1965 (n. 11), 15 de abril de 1970 (n. 12), 27 de diciembre de 1978 (n. 13) y 14 de marzo de 1983 (n. 14) y su crítica.

(65) *Vid. supra* la sentencia de 26 de febrero de 1982 (n. 56) y su comentario.

(66) *Vid. supra* la sentencia de 11 de abril de 1953 (n. 42 y 43) y su crítica.

la copropiedad, para la venta de cosa común será preciso el consentimiento de todos los partícipes, la unanimidad; la venta aislada del comunero prescinde de esa unanimidad, del consentimiento de los demás partícipes, y puede que conculque lo establecido por el artículo 397, por ello se hace necesario el estudio de este punto concreto.

El Tribunal Supremo en repetidas ocasiones ha declarado que la venta del copropietario aislado supone una contravención del artículo 397 y que ésta determina la nulidad radical y absoluta de la venta del comunero aislado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Código. Parece conveniente tratar de delimitar la entidad de este criterio jurisprudencial, antes de entrar en su análisis y crítica, y determinar hasta qué punto se trata de una forma constante y uniforme de resolver la venta del comunero aislado. Con generosidad podría admitirse que el Tribunal Supremo ha mantenido que la existencia de la contravención del artículo 397 del Código y que ésta es determinante de la nulidad radical de la venta del comunero aislado en las sentencias de 23 de junio de 1976, 27 de diciembre de 1978, 26 de febrero de 1982 y 19 de diciembre de 1985, todas aludidas en el apartado anterior (67). La sentencia más clara y tajante es la de 19 de diciembre de 1985, respecto de las restantes no puede hablarse de la misma claridad (68).

(67) La sentencia de 10 de diciembre de 1966 (*Vid. supra* n. 54) también habla de nulidad radical por infracción del artículo 397, pero en ella se trataba de un traspaso de un coarrendatario aislado, no de una venta. Además, para valorar esta sentencia, es de señalar que la Audiencia en la decisión que se recurre, sin que prospere el recurso, había apreciado no una nulidad radical en el traspaso, sino su inexistencia por falta de un consentimiento esencial previsto en el artículo 1.261. También referida al traspaso aislado de un coheredero y moviéndose entre la infracción del artículo 397 y del artículo 1.261 debe citarse la sentencia de 8 de julio 1988.

(68) En la sentencia de 23 de junio de 1976 (*Vid. supra* n. 53) si bien se habla, de forma clara, de nulidad radical por infracción del artículo 397 del Código, su doctrina no parece totalmente ajustada al supuesto que la motivó pues en la venta se había invocado la representación del copropietario ausente, careciendo de la misma, por lo que la ineficacia de la compraventa parece que debería de estructurarse no desde el artículo 397, sino desde el artículo 1.259 del Código. La sentencia de 27 de diciembre de 1978 (*Vid. supra* n. 13), habla de nulidad radical de la venta por el viudo de unos

Frente a estas sentencias, y en patente contradicción con las mismas, pueden situarse todas aquellas que admitieron la validez de la venta aislada del comunero, del cónyuge viudo o del coheredero. Aquí pueden citarse las sentencias de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906 (69), 5 de julio de 1958, 19 de enero de 1965, 5 de febrero de 1968, 13 de junio de 1970 y 27 de mayo de 1982 (70). Es más, a este grupo pueden agregarse las sentencias de 11 de abril de 1953 y 1 de marzo de 1954, que, como vimos, parecen admitir una validez *inter partes* incompatible con una nulidad radical y absoluta, y la sentencia de 8 de noviembre de 1983 que habla de una simple irrelevancia frente al copropietario no interviniente pero no de una nulidad radical y absoluta de las ventas realizadas por los otros copropietarios. También la resolución de 2 de septiembre de 1902 mantiene unos criterios muy distantes de la nulidad

bienes gananciales sin liquidar pero en ningún momento se dice expresamente que la norma conculcada es el artículo 397, aunque vistos los considerandos séptimo y octavo puede pensarse que es así.

Por su parte la sentencia de 26 de febrero de 1982 (*Vid. supra* n. 56), aunque habla de la infracción del artículo 397 como determinante de la nulidad radical de la venta aislada del copropietario, lo cierto es que la sentencia rechaza la venta aislada de comunero por inexistente, por la falta del consentimiento esencial de dos de las copropietarias que identificó con el consentimiento de las partes contractuales al que hace referencia el artículo 1.261 del Código, incluso nos habla de la posibilidad de ratificación por las dos copropietarias no intervinientes. En su línea se sitúa la sentencia de 29 de abril de 1986, en ella se casa la sentencia de la Audiencia, y se declara la nulidad —por inexistencia— de las ventas de bienes gananciales realizadas por una viuda, pendiente la liquidación de la sociedad conyugal, en el tercero de sus fundamentos de derecho, donde matiza la naturaleza y el alcance de la nulidad, se limita a transcribir el contenido de la sentencia de 26 de febrero de 1982 que hablaba, alternativamente, de infracción del artículo 397 y de inexistencia por falta del consentimiento esencial; con todo, es de señalar que la transcripción de la sentencia que realiza no es del todo fiel pues en donde la sentencia de 1982 nos habla de infracción del artículo 397, la de 1986 —quizá como consecuencia del planteamiento del recurso— habla de infracción del artículo 399.

Para la sentencia de 19 de diciembre de 1985 *Vid. supra* n. 57.

(69) Estas dos primeras sentencias son normalmente citadas como contrarias a la validez de la venta del comunero aislado, sin embargo hemos tratado de demostrar anteriormente que parecen admitir otra interpretación.

(70) En esta última sentencia es de destacar la asimilación que se realiza de la venta del comunero aislado con la venta de cosa ajena matizándose, eso sí, la validez de ambas.

radical y absoluta para la venta aislada del viudo (71). Parece que queda así constatada la ausencia de una doctrina jurisprudencial unánime.

La doctrina jurisprudencial rigurosa, cuyo más claro exponente es quizá la sentencia de 19 de diciembre de 1985, descansa en dos afirmaciones concatenadas que la conducen a la conclusión de la nulidad radical. La primera afirmación es que la enajenación de la cosa común por el comunero aislado es una de las alteraciones de la cosa común previstas en el artículo 397 del Código civil. La segunda afirmación es que el artículo 397 es una norma prohibitiva y que su infracción determina la nulidad radical y absoluta de la enajenación que lo contradice, de acuerdo con el artículo 6 del Código. ¿Son aceptables ambas premisas?. Creemos que no, pero pasemos a analizar más detenidamente la cuestión, separando del estudio de una y otra premisa.

172

Un aspecto del artículo 397 del Código civil es claro, se trata de un precepto que prohíbe las alteraciones materiales en la cosa común por el comunero aislado. ¿Hasta qué punto es correcto incluir dentro de las alteraciones los negocios de disposición jurídica?. Desde un plano exclusivamente conceptual parece evidente que la identificación de los negocios jurídicos de disposición con simples alteraciones materiales no es correcta e inatacable, no es un modelo de *elegantia iuris*, más bien parece un vulgarismo, que confunde categorías jurídicas perfectamente diferenciadas.

Tampoco los datos históricos favorecen esa identificación. El Derecho romano clásico distinguió con claridad los actos de disposición jurídica y de disposición material y los sometió a

(71) También podrían citarse otras sentencias que contienen *obiter dicta* que relacionan la venta del comunero con la venta de cosa ajena y que defienden la validez de ésta, tal es el caso de las sentencias de 15 de marzo de 1945 y de 5 de julio de 1976, aunque en esta última la relación no se plasma directamente en el texto pero deriva del supuesto que la motiva, pero ambas sentencias no constituyen auténticos precedentes jurisprudenciales en esta materia.

un régimen jurídico distinto (72). Para los actos de disposición jurídica, se exigía el consentimiento de todos los condóminos, pero los jurisconsultos romanos, como apunta BONFANTE (73), no formularon directamente la necesidad del consentimiento unánime de los condóminos para la enajenación de la cosa común, aunque resulta indirectamente de algunos textos, pues lo consideraron una consecuencia lógica de la libertad de enajenar la propia cuota. Para los actos de disposición material, las alteraciones de la cosa común, regía el sistema del *ius prohibendi*.

Más tarde, Justiniano se inclina por la extensión del régimen del consenso a los actos de disposición material, lo que puede apreciarse en *D.10,3,28*, texto que, con retoques justinianeos (74), somete los actos de disposición material al sistema del consenso aunque manteniendo el *ius prohibendi*, pero ya con una dimensión distinta a la clásica.

Las codificaciones parecen seguir el mismo sistema de formulación del Derecho romano: declaración expresa del régimen de los actos de disposición material de la cosa común y exigencia implícita, indirecta, de la unanimidad para los actos de disposición jurídica al establecer la libertad de enajenar la propia cuota. Este puede ser el camino seguido por el antiguo Código civil italiano, que inspira, en este punto, al Código civil español. Los actos de disposición material, las innovaciones materiales en la cosa común, se regulan expresamente pero ya sometiéndolos al régimen del consenso puro y simple, eliminándose los últimos vestigios del *ius prohibendi*, así lo hacen el artículo 677 del antiguo Código civil italiano y artículo 397 del Código civil español, que enlazan con el famoso texto *D.10,3,28*. Por otra parte se sanciona la libre disposición de la propia cuota por el comunero (art. 679 del Cc. italiano y art. 399 del Cc. español), pero no se re-

(72) Vid. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* II-II (Roma 1928), pp. 27 s.

(73) BONFANTE, *Corso* II-II, *cit.* p. 14.

(74) Vid. BONFANTE, *Corso* II-II, *cit.* pp. 33 s.

gula expresamente la unanimidad para los actos de disposición jurídica sobre la cosa común que resulta, como resultaba en el Derecho romano, de la plena disposición de la propia cuota.

La primera jurisprudencia y los primeros comentaristas del Código civil consideraron al artículo 387 como referido exclusivamente a las alteraciones materiales en la cosa común (75), sólo en MANRESA vemos la insinuación de que los actos jurídicos estaban contemplados en el artículo 397 (76), idea que inicialmente no es recogida por los autores (77). Para la extensión vulgarista de la aplicación del artículo 397 parece decisiva la defensa de la misma por BELTRÁN DE HEREDIA en su monografía sobre la comunidad de bienes (78), a partir de este momento los autores en general tienden a considerar incluidos en el artículo 397 los actos de disposición jurídica (79), aunque no puede hablarse de una total unanimidad, así puede señalarse la opinión divergente de MIQUEL (80).

El proceso de ampliación del ámbito originario de aplicación del artículo 397 en la jurisprudencia también es lento, parece iniciarse a mediados de los años cincuenta (81), para cobrar

(75) Así, entre otros, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil* III (Madrid 1891), p. 190, y "Q. MUCIUS SCAEVOLA", *Código civil, comentado y concordado extensamente*, VII (Madrid 1896), pp. 264 s.

(76) J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español* III (Madrid 1920), p. 466.

(77) Suele citarse a A. BORRELL (*El dominio según el Código civil español* [Barcelona 1948], pp. 207 s.), pero este autor, que defiende un sentido amplio para las alteraciones del artículo 397, en ningún momento sugiere que en las mismas estén comprendidos los actos de disposición jurídica.

(78) J. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en Derecho español* (Madrid 1954), pp. 264 s. y 280 s.

(79) Entre otros puede citarse a M. ALBALADEJO, *Derecho Civil* III-I (Barcelona 1974), pp. 315 y 316; L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* II (Madrid 1978), pp. 772 s.; D. ESPÍN, *Manual de Derecho Civil español* II (Madrid 1960), pp. 214 y 215; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario* (Madrid 1982), p. 234.

(80) MIQUEL, *Comentarios* V-2, cit. pp. 395 y 422 s.

(81) Si bien tiene un precedente aislado en la sentencia de 20 de noviembre de 1924.

cuerpo y fuerza en los años setenta (82), pero, como ya señalamos, no debemos olvidar que frente a esta línea jurisprudencial pueden situarse todas aquellas sentencias que admiten la validez de la venta del comunero aislado.

Esta interpretación moderna y vulgar del artículo 397 del Código no es, ni tan siquiera, lógicamente coherente. Cualquiera que sea la posición que se adopte sobre la venta del comunero aislado es pacífica la conclusión de que ésta es irrelevante frente al comunero no interviniente. ¿Cómo puede considerarse un contrato obligacional, irrelevante frente al copropietario, como una alteración de la cosa común, una de las más importantes alteraciones que puede sufrir la cosa común, en terminología jurisprudencial? La conclusión parece contradictoria como apuntó RODRÍGUEZ MORATA (83).

Si consideramos que los actos de disposición jurídica son distintos de las alteraciones materiales contempladas en el artículo 397 del Código, la venta del comunero aislado no está en contradicción con dicho precepto y no es procedente hablar de su nulidad radical y absoluta por contravenir una norma prohibitiva. Pero dado el arraigo y extensión de la interpretación amplia del artículo 397 no podemos prescindir del análisis de la segunda cuestión, de la otra premisa. ¿De admitirse la contravención del artículo 397 del Código es adecuada la

175

(82) Pueden citarse las sentencias de 10 de diciembre de 1966, que trataba de un traspaso del coarrendatario (*Vid. supra* n. 67); 25 de abril de 1970, que habla de nulidad radical e inexistencia de una transacción; 23 de junio de 1976, 27 de diciembre de 1978 y 26 de febrero de 1982 (para estas sentencias *vid. supra* n. 68) y las sentencias de 19 de diciembre de 1985 y 8 de julio de 1988 y más recientemente la sentencia de 23 de octubre de 1990. La sentencia de 1988 declara: "... la enajenación de cosa común como propia supone una alteración de la misma prevista en el art. 397, de añeja tradición, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales sino a aquéllos que tienen repercusión jurídica, pues el art. 397 no distingue ...".

Insistimos en que la sentencia de 29 de abril de 1986 habla de infracción del artículo 399 no del artículo 397 (*vid. supra* n. 68) y que la sentencia de 14 de diciembre de 1973, considera infringido no el artículo 397 sino el artículo 398 del Código y la normativa específica del contrato de arrendamiento (*vid. supra* n. 54).

(83) F. RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción* (Barcelona 1990), p. 83.

sanción de la nulidad radical y absoluta para el negocio de disposición que lo contradice?

La solución de la nulidad radical de la venta aislada es discutible, aunque admitiésemos, guiados por su tenor literal, el carácter de norma prohibitiva del artículo 397 del Código civil, pues aun existiendo una norma prohibitiva su infracción no tendría que acarrear automáticamente la nulidad de pleno derecho. Como enseñaba DE CASTRO (84) “no debe olvidarse que el Derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, para que la nulidad se produzca de modo inmediato y necesario será preciso que la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, que lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito”. En esta línea también pueden situarse PICAZO y GULLÓN quienes señalan que no todo negocio contrario a una disposición legal lleva consigo la nulidad absoluta y hacen suya la doctrina de la sentencia de 27 de febrero de 1964 para señalar con la misma que “cuando falte en la disposición contrariada una declaración expresa sobre su nulidad o validez es donde el juzgador debe extremar su prudencia, en uso de las facultades discrecionales que hasta cierto punto se le conceden, analizando para ello: la índole y finalidad del precepto contrariado, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, si la levedad del caso así lo aconseja, o su nulidad, si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario a la moral, la ley o el orden público” (85).

Estas afirmaciones matizaban el alcance del artículo 4.º del Código civil, dotado de una redacción tajante y absoluta. Tras la reforma de 1975 la sanción de los actos contrarios a la ley se ha matizado más al establecerse que “los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas son nulos de pleno

(84) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España I* (Madrid 1949), p. 537.

(85) L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I* (Madrid 1975), pp. 547 y 548.

derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”, y no parece que, ante esta nueva redacción, debamos de prescindir de las viejas enseñanzas. Frente al acto contrario a la norma no debe de existir una aplicación mecánica y simplista de la nulidad radical, debemos analizar la transcendencia de la contravención y, sobre todo, si la norma infringida establece un efecto distinto para el caso de contravención. No olvidemos que, como señala AMORÓS al comentar el nuevo artículo 6-3.º del Código, que esta sanción distinta de la nulidad no sólo puede formularse de manera expresa, “sino que incluso puede deducirse implícitamente de la propia norma excepcional, siempre que así resulte de su finalidad y de su adecuada interpretación” (86).

No sólo son los autores los que mantienen que frente al acto contrario a la norma, a falta de declaración expresa relativa a su validez o nulidad, debe realizarse un esfuerzo interpretativo para determinar el alcance y la transcendencia de la contravención, el propio Tribunal Supremo así lo reconoce, siendo obligada, en este punto, la cita del cuarto fundamento de derecho de la sentencia de 17 de octubre de 1987 (87).

Si las anteriores consideraciones no son equivocadas, parece que frente a la muy discutible infracción, admitida en hipótesis,

(86) M. AMORÓS y otros, *Comentarios a las reformas del Código civil I* (Madrid 1977), p. 332.

(87) La citada sentencia nos dice: “El precepto no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: 1.º) Aquéllos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio. 2.º) Actos contrarios a la Ley en que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos “contra legem” y 3.º) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentes razones que patentecen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficcionado de lo que el Código llama “causa torpe”.

del artículo 397 del Código, antes de acudir mecánicamente a la nulidad radical, debe abrirse un mínimo período de reflexión e interpretación. Quien considere aplicable el artículo 397 del Código civil a los actos de disposición jurídica, parece que debe preguntarse si pretendió el Código civil sancionar con la nulidad la infracción del artículo 397. Si no me equivoco, es el propio Código civil quien, de manera expresa, nos pondría de manifiesto que la infracción de su artículo 397 no determina la nulidad radical y absoluta del acto de disposición del comunero aislado, y lo haría en el artículo 597 al establecer: “Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido.”

Las relaciones entre el artículo 397, para quien lo considere aplicable, y el 597 del Código parecen claras, el primero sentaría —para los partidarios de su interpretación amplia— el principio general de la exigencia de unanimidad para los actos de disposición, material y jurídica, sobre la cosa común y el segundo concretaría la exigencia para un negocio de disposición específico: la constitución de servidumbre sobre el fundo indiviso. Ciertamente no se alcanza a comprender las razones que determinan la validez de la servidumbre constituida aisladamente por un copropietario, con su eficacia suspendida es cierto, y que sea radicalmente nula la constitución de otro derecho real o la venta aislada de un copropietario.

No es éste el momento de estudiar los problemas que plantea el artículo 597 del Código (88), baste señalar que parece evidenciar de manera clara que la dudosa y discutible

(88) Vid V. GUILARTE, *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español* (Madrid 1984), pp. 96 s.

infracción del artículo 397 del Código no acarrea, para nuestro legislador, la nulidad radical y absoluta del negocio que lo contradice.

Parece que puede concluirse este análisis señalando que los datos históricos, la lógica, e, incluso, el tenor literal del propio artículo 397 parecen evidenciar que este precepto no es aplicable a los actos de disposición jurídica; pero aunque forzásemos su interpretación y los considerásemos incluidos en el mismo, de acuerdo con una interpretación armónica del Código civil, la sanción de la venta del comunero aislado no debe ser la nulidad radical y absoluta de la misma.

3. Rasgos generales del régimen jurídico de la venta del comunero aislado

Si admitimos la validez de la venta del comunero aislado, como contrato meramente obligacional, dado que no parece existir ningún argumento irrefutable que nos imponga su nulidad, podemos tratar de fijar los posibles rasgos de su régimen jurídico, que serán esencialmente los mismos que los de la venta de cosa ajena, con algunas originalidades. No nos proponemos aquí estudiar e integrar el régimen de la venta de cosa ajena y de la venta del comunero aislado de una manera completa, sino simplemente esbozar sus rasgos generales, llamando la atención sobre las originalidades que, frente al régimen general de la venta de cosa ajena, presenta la venta del comunero aislado.

Para establecer esos rasgos generales parece procedente distinguir entre una fase inicial, anterior a la entrega, la fase intermedia, de incertidumbre, tras la entrega de la cosa vendida, y una fase final, de clarificación definitiva, bien a través de la frustración de la venta, bien a través de su consolidación.

La fase inicial, anterior a la entrega de la cosa vendida, no ofrece apenas problemas específicos y no es arriesgado mantener que se integrará con las reglas generales, sin apenas

especialidades. Celebrada la compraventa el vendedor, el comunero aislado, queda obligado a la entrega de la posesión de la cosa vendida (arts. 1.461 s. del Código civil) y surge a cargo del comprador la obligación de pago del precio, el contrato de compraventa concluido por las partes es válido y genera a cargo de ambas partes las obligaciones normales de toda compraventa.

Puede ocurrir que el comunero vendedor adquiera el dominio total de la cosa vendida en este momento anterior a la entrega, en la liquidación de gananciales, en la partición de la herencia o en la división de la cosa común, lo que nos situará ante una compraventa totalmente normal (89). También cabe señalar que en el supuesto de que el vendedor no pueda realizar la entrega de la cosa vendida al comprador éste podrá pedir la resolución de la compraventa al amparo del artículo 1.124 del Código civil.

180 Uno de los problemas específicos (90) que plantea esta fase es el de determinar qué posibilidades tiene el comunero no interviniente frente a la venta concluida, pues no olvidemos que aún no se ha operado el traspaso posesorio, por lo que no procede el ejercicio de la acción reivindicatoria y que, por otra parte, la venta, contrato consensual, es válida entre comprador y vendedor. Para el supuesto de la venta de cosa ajena simple en el Derecho romano clásico el *dominus* carecía de toda acción contra el comprador y el vendedor, pues la venta en sí misma, sin entrega, no le producía ningún daño (91). Hoy, sin embargo, parece que debe otorgarse al propietario la posibilidad de defenderse frente a la venta de cosa ajena, aun antes de operarse la entrega de la cosa vendida, pues, aunque

(89) En apoyo de estas afirmaciones podrían citarse la resolución de 2 de septiembre de 1902 y, ya con mayores reservas, la sentencia de 5 de julio de 1958.

(90) También la fase inicial, anterior a la entrega, plantea el problema de los riesgos por el perecimiento fortuito de la cosa vendida, del que prescindimos en este trabajo por excesivamente puntual. Vid. M. ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa* (Madrid 1972), pp. 341 s.

(91) M. SCARLATA, "Appunti esegetici in tema di vendita di cosa altrui", en *RISG.* 17 (1939), p. 225.

se trate de un negocio jurídico válido e irrelevante para él (*res inter alios acta*), puede afectar a su esfera de intereses pues, cuando menos, la venta de cosa ajena provoca una incertidumbre, un confusionismo, respecto a la titularidad de la cosa vendida, que repercutirá en el crédito del propietario, según CARIOTA FERRARA que hace radicar en estas bases el *interesse ad agere* del propietario (92), aunque en nuestro ordenamiento pueden surgir intereses más concretos que precisen de una más urgente protección (93). CARIOTA FERRARA propone para el propietario una acción declarativa en la que se solicita se declare la irrelevancia del negocio, la venta de cosa ajena, respecto a él, la total ineficacia del negocio respecto a su patrimonio (94), no parece que existan graves inconvenientes para reconocer tal acción en nuestro ordenamiento al propietario frente a la venta de cosa ajena y al copropietario no interviniente frente a la venta de cosa común realizada por el comunero aislado.

Tras la entrega de la cosa vendida por el comunero vendedor se abre la fase de incertidumbre. El comprador entra en posesión de la cosa comprada y, si es de buena fe, hace suyos los frutos de la cosa comprada (art. 451), pero pierde el carácter de poseedor de buena fe desde el momento en que no ignora que posee la cosa indebidamente, de acuerdo con el artículo 435, también aplicable al tema paralelo de las mejoras, que regulan los artículos 453 y siguientes. El comprador, como todo poseedor goza de la tutela interdictal de la posesión y, ya más controvertido, de la acción publiciana.

(92) L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui* (Padova 1936), p. 151.

(93) Pensemos en una compraventa de inmuebles solemnizada en escritura pública que puede llegar a inmatricularse en el Registro de la propiedad. Aun cuando la escritura pública es una forma de *traditio ficta* puede ocurrir que el vendedor ni tan siquiera esté en posesión de las fincas vendidas y, consecuentemente, la escritura no implica la transmisión de la posesión, que permanece en manos del propietario que, en este supuesto, tiene un *interesse ad agere* más concreto y más urgente, máxime si el adquirente ha logrado ya la inscripción, cuya nulidad también debe cuestionar.

(94) *Vid.* CARIOTA FERRARA, *I negozi*, *cit.* pp. 143 s., donde trata ampliamente de esta *azione di accertamento*, normalmente descuidada por otros autores.

El comprador y el comunero vendedor quedan vinculados por la compraventa válidamente concertada entre ambos. El comunero vendedor no puede ir contra la venta por él realizada (95) lo que supondría un *venire contra factum proprium*. Tampoco el comprador puede impugnar la compraventa, aun cuando fuese de buena fe y descubriese, con posterioridad a la venta, la alienidad de la cosa vendida (96). Esta vinculación de las partes en la venta de cosa ajena es una nota que distancia nuestro ordenamiento de las modernas orientaciones en el tratamiento de la venta de cosa ajena. De acuerdo con el Código civil el comprador de buena fe de una cosa ajena que descubre con posterioridad su alienidad no puede desligarse directamente de la venta concluida; tiene que soportar toda la fase intermedia de incertidumbre hasta que sobrevenga la evicción o su compra se consolide. Mientras que las legislaciones modernas caminan en otra dirección, concediendo al comprador de buena fe que descubre la alienidad de la cosa comprada, la posibilidad inmediata de desligarse de la compraventa concluida, el Código civil se mantiene anclado en la solución del Derecho justinianeo y de Partidas, que a GARCÍA GOYENA le pareció justa (97), pero que, sin embargo, no parece ajustarse a las necesidades del tráfico moderno.

La imposibilidad de que el comprador de buena fe pueda desligarse de la compraventa concluida en base a la alienidad

(95) Este es el criterio de las sentencias 5 de julio de 1958, 19 de enero de 1965 y 27 de mayo de 1982, que parten todas ellas de la validez de la venta del comunero aislado. Sin embargo es de advertir que aquellas sentencias que parten de la nulidad radical o inexistencia, dan entrada a este *venire in factum proprium* de la parte vendedora, como puede ser el caso de la sentencia de 26 de febrero de 1982.

(96) En ninguna de las sentencias estudiadas, relativas a la venta del comunero aislado, el comprador pretende desvincularse de la misma, antes al contrario, en todos los supuestos defiende su validez y exige su cumplimiento, aunque su pretensión, como vimos, no siempre prospera. La única excepción, que no lo es tanto, la constituye la sentencia de 31 de enero de 1973, pero en aquel supuesto parece que el comprador va contra la compraventa buscando la adjudicación judicial del bien comprado.

(97) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III (Madrid 1852), pp. 385 y 386.

de la cosa comprada, a falta de una norma expresa que la consagre, como en otros ordenamientos, deriva del contenido de las obligaciones que surgen de la compraventa a cargo del vendedor. Como en el Derecho romano, en el Derecho actual, el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad de la cosa vendida (98), sino a entregarle al comprador la posesión libre e indiscutida de la misma y a responder de evicción. Esta vinculación del comprador hasta la evicción o la consolidación, durante toda la fase de incertidumbre, es una de las notas más típicas y arcaizantes del régimen de la venta de cosa ajena en el Código civil. GAYOSO (99), fue consciente de este problema y, en un intento de actualizar el régimen del Código, trató de forzar su interpretación para establecer a cargo del comprador la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida y, una vez establecida ésta, posibilitar que el comprador de la cosa ajena, que descubre su alienidad, pueda ejercitar la acción resolutoria del artículo 1.124 sin tener que soportar todo un largo período de incertidumbre. Así llegaríamos a una solución análoga a la del Derecho alemán. Pero las tesis de GAYOSO no prosperaron.

Modernamente una sentencia de 1 de julio de 1987, referida a una venta de cosa ajena simple, afirma que la venta de cosa ajena obliga al vendedor no sólo a la entrega de

(98) La posible existencia de la obligación de transmitir la propiedad en nuestra compraventa actual fue objeto de una polémica doctrinal. La inició R. GAYOSO ("Cuestiones sobre el contrato de compraventa" en *RDP*, 8 [1921], pp. 147 s.). La réplica correspondió a M. ALBALADEJO ("La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa" en *Estudios de Derecho civil* [Barcelona 1955], pp. 181 s.). Mediaron después, entre otros, M. MORENO MOCHOLI ("¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?" en *RCDI*, 21 [1945], pp. 377 s.) e I. DE CASSO ("La obligación de transferir el dominio en la compraventa" en *Nuestra Revista. Publicación notarial* 1947, pp. 134 s.), sin aportar nuevos argumentos contundentes. Para un resumen de la situación actual de la polémica pueden consultarse a R. BADENES (*El contrato de compraventa*, I [Barcelona 1979], pp. 49 s.) o G. GARCÍA CANTERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. ALBALADEJO, XIX [Madrid 1980], pp. 168 s.).

(99) GAYOSO, *Cuestiones*, cit. pp. 147 s.

la cosa vendida, sino también a su previa adquisición, realizando para ello las gestiones necesarias. Esta ampliación de la obligación de entrega, que no deja de recordar al actual sistema italiano, no parece tener una base legal específica y es dudoso que el incumplimiento de la obligación de realizar las gestiones adquisitivas pueda posibilitar una resolución.

Apuntemos que una de las vías, discutible (100), de atenuación de esta vinculación indefinida del comprador ha sido el otorgarle relevancia al error del comprador, y concederle la posibilidad de cuestionar la anulación de la compraventa en base a su error (101). Pero se muestra como una vía estrecha, insuficiente, menos práctica y operativa que la resolución directa.

Tanto en la fase inicial como en esta fase intermedia, de incertidumbre, hay que llamar la atención sobre un derecho que asiste al comprador del comunero aislado: el de concurrir a la partición o división de que tratan los artículos 403, 1.083 y, por remisión, el 1.402 del Código civil y que la sentencia de 5 de febrero de 1968 reconoció expresamente al comprador de un coheredero aislado (102). Curiosamente el origen de la actual y oscura redacción del artículo 403 y concretamente de su alusión a los “cesionarios de los partícipes” está en íntima

(100) Vid. M. ALONSO PÉREZ en sus notas a V. PIETROBON, *El error en la doctrina del negocio jurídico* (Madrid 1971), pp. 509 s., y J. JORDANO FRAGA, “Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición ‘a non domino’. Responsabilidad por evicción” en *ADC*. 42 (1989), pp. 1356 s.

(101) El Tribunal Supremo ha acogido la impugnación de la venta de cosa ajena simple, no de la modalidad que estamos estudiando, por error del comprador en sentencias de 11 de abril de 1912 y de 8 de marzo de 1929. También se alude a la relevancia invalidante del error del comprador en sentencia de 20 de noviembre de 1925.

(102) Parece indudable que el comprador del copropietario aislado es uno de los “cesionarios de los partícipes” aludidos en el artículo 403; el artículo 1.083 habla sólo de acreedores de los coherederos, si bien, como señalamos, la sentencia de 5 de febrero de 1968 incluye entre los mismos al comprador del coheredero aislado. Por último no debemos olvidar que lo establecido en el artículo 1.083, así interpretado, será aplicable a la liquidación de gananciales por el juego del reenvío del artículo 1.402 del Código.

relación con la venta del comunero aislado (103). Se trata, en definitiva, de un derecho preventivo, de pequeña entidad, que permitirá al comprador de la cosa común concurrir a las operaciones divisorias, de liquidación y particionales y obtener los datos necesarios para impugnarlas o evitar el fraude (104).

En numerosas ocasiones los litigios sobre la venta de cosa común por el comunero aislado se plantean de manera indirecta. El comprador no demanda a su vendedor pidiendo que se declare la validez de la venta, aunque carezca de eficacia traslativa, y canaliza su pretensión por vías indirectas, una de ellas, relativamente usual, es pedir que se eleve a público el documento de venta o que el comunero vendedor otorgue la correspondiente escritura de venta, otras veces se cuestiona conjuntamente la declaración de validez y el otorgamiento de la escritura pública (105).

¿Puede la venta de cosa ajena plasmarse en escritura pública? La respuesta parece que debe ser matizada y limitada sólo a aquellos supuestos en los que se pretenda documentar una venta de cosa ajena, o parcialmente ajena, de manera patente, con reflejo expreso de la alienidad, total o parcial, de la cosa objeto de la compraventa (106). De acuerdo con el artículo 145 del Reglamento Notarial el notario debe negar la autorización notarial cuando “se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez” del contrato, que

185

(103) Según los datos proporcionados por MIQUEL (*Comentarios*, V-2, cit. pp. 498 s.) el origen remoto del artículo 403 es el artículo 882 del Code de Napoléon que hablaba tan sólo de acreedores, pero que la jurisprudencia francesa entendió aplicable a los compradores del comunero aislado. El precepto, ponderando la ampliación jurisprudencial ratificada por los autores franceses, pasa al antiguo Código civil italiano que habla ya de “acreedores y cesionarios” y de éste último lo toman los redactores del Código civil.

(104) *Vid.* MIQUEL, *Comentarios*, V-2, cit. pp. 505 s.

(105) Tal es el caso de las sentencias de 5 de julio de 1958, 19 de enero de 1965, 5 de febrero de 1968 en la que la petición se plasma en la reconvención, y 27 de mayo de 1982.

(106) Como es lógico este problema no se plantea cuando se oculta al fedatario autorizante el carácter ajeno, o parcialmente ajeno, de la cosa que se pretende vender.

se pretende documentar (107). Observamos que el precepto habla de validez, no de eficacia. La venta de cosa ajena es válida, aunque carece de eficacia traslativa, por ello no parece que el artículo 145 del Reglamento Notarial se alce contra la autorización de la correspondiente escritura pública. A primera vista puede sorprender esta afirmación, pero no debemos olvidar que nada se opone al otorgamiento de una escritura pública de venta de cosas genéricas, sin especificación, o de cosas futuras, ventas que son —al igual que la venta de cosa ajena— válidas pero carentes, inicialmente, de eficacia traslativa.

Volviendo a los litigios en los que el comprador solicita del comunero vendedor el otorgamiento de la escritura pública de venta, vemos que el Tribunal Supremo, tras admitir la validez de la venta claro está, le otorga este derecho al comprador pero puede apreciarse un matiz, una duda, una pequeña discrepancia entre los fallos. Algunas sentencias (108) acogen la pretensión del comprador y condenan al vendedor al otorgamiento inmediato de la escritura pública de venta, aun antes de la partición, división o liquidación, es decir estas sentencias parecen admitir y reconocer que la venta de cosa ajena patente puede plasmarse en escritura pública. Otras sentencias, como la de 19 de enero de 1965, si bien acogen la pretensión del comprador de que se otorgue la correspondiente escritura pública de venta, no condenan al vendedor a otorgarla de manera inmediata, sino a realizar los trámites necesarios para adjudicarse la cosa vendida en la liquidación, partición o

(107) Aunque el precepto hable de “plena validez”, no simplemente de “validez”, no parece que con ello se esté refiriendo a la plena eficacia. La resolución de la DGRN de 30 de mayo de 1974, aunque alude a los “requisitos para la plena eficacia” en relación con el artículo 145, no parece significativa dado que en el supuesto que la motivó, y como la propia resolución reconoce, la escritura pretendida por el recurrente, de manifestación y aceptación de herencia, carecía de los requisitos para la plena eficacia e incluso validez del acto jurídico.

(108) Así, en las de 5 de febrero de 1968 y 13 de junio de 1970, sin embargo respecto a esta última sentencia es de tener en cuenta la sorprendente continuación que se produce en la sentencia de 9 de mayo de 1980.

división y, tras la misma, a otorgar la escritura pública, que ya no será de venta de cosa ajena, o parcialmente ajena, sino de cosa propia del vendedor por habérsele adjudicado ya en la previa partición, división o liquidación (109).

Para completar los rasgos de esta fase intermedia, queda por hacer una referencia a la posición jurídica del comunero no interviniente en la enajenación. No es arriesgado sostener que tiene a su disposición la acción declarativa de la ineficacia de la transmisión, a la que anteriormente aludimos, pero además, en este momento —no olvidemos que se ha operado la entrega de la cosa vendida con el consecuente desplazamiento posesorio—, parece que tendrá a su disposición la acción reivindicatoria, aunque esta afirmación debe de ser matizada.

En la venta de cosa ajena simple, la acción reivindicatoria es la cobertura normal del propietario durante esta fase. En la venta de cosa común por el comunero aislado la cuestión parece complicarse; cierto que, en varias sentencias de las que hemos examinado (110), vemos al comunero no interviniente reivindicar para la comunidad sin ninguna dificultad. La acción reivindicatoria se le concede para reivindicar la totalidad de la cosa vendida, se le concede *in solidum*, no *pro parte* como en el Derecho romano (111), y el fundamento de su legitimación radica en esa jurisprudencia reiterada —que no es del caso examinar aquí—, que admite que cualquier comunero, por sí sólo, está legitimado para el ejercicio de acciones en defensa de todos, en beneficio común. Pero no debemos olvidar, y aquí surge la dificultad, que en el supuesto que nos ocupa ese beneficio común no está totalmente claro, pues el ejercicio triunfante de la reivindicatoria desencadenará problemas, perjuicios y

(109) Así, en la sentencia de 5 de julio de 1958 se condena a los vendedores al otorgamiento inmediato de la escritura cuando la partición se había practicado ya, después de entablada la demanda y antes de la resolución final.

(110) *Vid.*, entre otras, las sentencias de 11 de abril de 1953, 1 de marzo de 1954, y 31 de enero de 1973.

(111) *Vid.* BONFANTE, *Corso II-II*, *cit.* pp. 20 s.

responsabilidades, cuando menos teóricamente (112), para el comunero que, de forma aislada, vendió la cosa común. Este aspecto conflictivo ha sido ponderado en algunas ocasiones aisladas por el Tribunal Supremo al paralizar la acción reivindicatoria y dar paso solamente a la acción declarativa del comunero no interviniente (113), pero la tónica general, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es dar curso a la reivindicatoria del comunero y prescindir de este conflicto de intereses que empaña la claridad del interés común que justifica el ejercicio aislado de la acción.

Es sabido que cuando el poseedor, contra el que se dirige la acción reivindicatoria, tiene un título más o menos firme es preciso obtener previamente la nulidad de su título. Normalmente la reivindicatoria frente a la venta de cosa ajena, o la venta de cosa común por el comunero aislado, va acompañada de esta petición de nulidad, *petitum* que, en muchos casos, condiciona el contenido de la sentencia que lo acoge (114). Pero si la venta de cosa ajena y la venta del comunero aislado son válidas —aunque carentes de eficacia traslativa—, como venimos defendiendo, no parece correcta esta petición de nulidad, bastará pedir que se declare la carencia de efectos traslativos de la venta de cosa ajena, o simplemente ignorar el título del comprador, como apunta MIQUEL (115), para que la reivindicatoria prospere, pues el título del comprador no trae causa del reivindicante o del causante de éste.

Y pasamos ya a la fase de clarificación definitiva de la venta del comunero aislado. La fase de incertidumbre, abierta con la entrega de la cosa vendida al comprador, camina siempre

(112) Curiosamente en materia de venta de cosa ajena y de cosa común por el comunero aislado, según puede deducirse de los litigios resueltos por las sentencias citadas, lo normal es que el comprador procure mantener la venta concertada, al tiempo que los vendedores suelen volverse contra la misma. Quizás en esta época inflacionista sea más beneficioso, desde un punto de vista económico, recuperar el bien vendido aunque haya que restituir el precio y hacer frente a las responsabilidades marginales.

(113) Vid. la sentencia de 8 de abril de 1965.

(114) Vid. MIQUEL, *Comentarios*, V-2, cit. p. 398.

(115) Vid. MIQUEL, *Comentarios*, V-2, cit. p. 398.

hacia un final definitivo, positivo o negativo. Podemos enlazar con lo apuntado en torno a la acción reivindicatoria y estudiar el desenlace negativo, la frustración de la venta de cosa común por el comunero aislado. El ejercicio triunfante de la acción reivindicatoria por el comunero no interviniente, en principio dará lugar a la responsabilidad por el hecho de la evicción. El comprador, desposeído de la cosa comprada, normalmente desistirá de la compra y exigirá de su vendedor la responsabilidad de evicción que se regula en los artículos 1.475 y siguientes del Código civil.

Pero, aún después del ejercicio triunfante de la acción reivindicatoria por el comunero no interviniente, parece que el comprador tendrá otras posibilidades, además de la de reclamar de evicción. Como apuntábamos al comentar la sentencia de 11 de abril de 1953, el comprador parece que puede insistir en la validez de la venta, forzar a su vendedor a que realice la partición, división o liquidación (116) y, si en la misma, la cosa vendida le es adjudicada a su vendedor, parece que la venta de cosa ajena quedará consolidada (117).

Un problema muy específico y complejo que plantea la venta del comunero aislado es el de su validez *pro parte*. ¿La venta de la totalidad de un bien concreto puede pasar a considerarse como la venta de la porción que comunero vendedor tiene en el mismo, con la consecuente reducción en el precio? Matizando más, podrían distinguirse dos variantes en el problema de la eficacia y validez *pro parte*, según se proyecte sobre la cuota del comunero vendedor en el bien vendido o sobre su porción concreta del bien vendido y posteriormente dividido, fraccionado. Parecen dos hipótesis distintas o, cuando menos, creo que el artículo 399 del Código civil fuerza a esta distinción.

(116) La petición de que se condene al vendedor a realizar la partición la vemos acogida en la sentencia de 19 de enero de 1965.

(117) De la consolidación de la venta del comunero aislado trataremos posteriormente.

Analicemos la primera cuestión. ¿Puede valer la venta del bien como la venta de la cuota del comunero vendedor? (118). Ciertamente el Derecho romano, con una concepción atomista, fraccionaria, de la venta del comunero aislado no sólo lo admitía, sino que lo daba por sentado. Planteada la cuestión a la luz del Código civil, en primer lugar parece que puede afirmarse que estamos ante un supuesto de hecho distinto del contemplado en el artículo 399 del Código (119). Por otra parte es relativamente claro que al comprador no se le puede imponer este pago parcial, esta validez y eficacia *pro parte*, la duda radica en si el comprador puede pedir esa validez y eficacia *pro parte*. MIQUEL responde afirmativamente, sin ninguna vacilación, “quien vende una cosa atribuyéndose la propiedad de toda ella, aunque sin derecho, no puede después invocar que tal venta es nula y que él, por tanto, no viene obligado a entregar su parte siquiera ... no puede negarse a cumplir en la medida de lo posible, sólo porque se trataría de un pago parcial, y no es posible cumplir por el todo” (120). Para él, si el comprador opta por esa validez y eficacia *pro parte*, podrá pedir una reducción proporcional en el precio, al aplicarse por analogía, el artículo 1.460 del Código civil (121).

En algunas contadas ocasiones el Tribunal Supremo admitió esa validez y eficacia *pro parte*, quizás la sentencia más destacada en ese sentido sea la de 5 de julio de 1958, pero la línea jurisprudencial predominante es la que niega esa validez y esa

(118) Advirtamos que esta situación puede plantearse de forma inmediata en el condominio ordinario pero, sin embargo, en las comunidades amplias sólo se planteará tras la partición, cuando se le adjudique al comunero vendedor una porción proindiviso del bien vendido, pues antes de la partición, en las comunidades amplias, el coheredero o el cónyuge viudo no ostenta una cuota sobre los bienes concretos, sino sobre el conjunto, por eso no puede hablarse, esta fase, de validez *pro parte*. Sin embargo, en los antecedentes de la sentencia de 14 de julio de 1982 (cit. n. 39) vemos que, al tratarse de un bien hereditario único, se admite la validez de la venta realizada por alguno de los coherederos como cesión de su derecho hereditario.

(119) El discutido y complejo artículo 399, en su párrafo final, parte claramente de una división ya practicada, con extinción de la copropiedad y, consecuentemente, con un fraccionamiento en partes independientes del bien vendido.

(120) Vid. MIQUEL, *Comentarios*, V-2, cit. p. 399.

(121) Vid. MIQUEL, *Comentarios*, V-2, cit. p. 399.

eficacia *pro parte* pedida por el comprador (122). Normalmente el comprador, cuando se le niega la validez de la venta incluso como venta de la cuota que ostentaba el vendedor, suele alegar la infracción del artículo 399, que no parece totalmente aplicable, y el Tribunal Supremo lo rechaza; los argumentos esgrimidos para ello son de dos órdenes, las sentencias que parten de la nulidad radical de la venta del comunero aislado lo hacen por extensión de la nulidad, al ser la enajenación nula de pleno derecho no puede ser sanada ni convertida en un contrato de enajenación parcial de la cuota del comunero (123). Otras sentencias acuden al distinto objeto: cuando el objeto de una compraventa fue un bien concreto, como unidad física y jurídica, sobre él recae el consentimiento de los contratantes; la cuota de la que es titular el enajenante es un objeto distinto sobre el que no ha recaído el consentimiento de los contratantes (124).

Hay que reconocer que el problema de la validez *pro parte* es complejo, con todo no creemos que sea excesivamente arriesgado apuntar que el Código civil no parece partidario de la misma, al menos en la variante que estamos estudiando, cuando se pretende que la venta de cosa común por el comunero aislado valga como venta de la cuota del comunero vendedor. Vimos que suele invocarse el artículo 399 en apoyo de esa conversión, de esa validez *pro parte*, sin embargo no parece que del mismo puedan extraerse argumentos en ese sentido, antes bien parece inclinarse por la solución contraria. Nos explicamos. Puede admitirse que el artículo 399 trate de la disposición extralimitada en su párrafo final, como sugiere MIQUEL, pero la solución que le otorga no es la de

191

(122) En este sentido cabe citar las sentencias de 10 de diciembre de 1966, 15 de abril de 1970, 5 de mayo de 1972, 23 de junio de 1976, 26 de febrero de 1982, 19 de diciembre de 1985 y 8 de julio de 1988.

(123) Criterio que vemos claramente expresado en la sentencia de 10 de diciembre de 1966, que trata de un traspaso realizado por un comunero aislado y que quizá sea la sentencia que inspire a las de 23 de junio de 1976 y 26 de febrero de 1982.

(124) Criterio que desarrolla el quinto fundamento de derecho de la sentencia de 19 de diciembre de 1985.

la conversión, la de la validez y eficacia *pro parte* inmediata, como venta de la cuota del comunero vendedor; observemos que el precepto, de forma decidida, suspende la conversión, la validez y eficacia *pro parte* hasta después de la división. La venta extralimitada no vale, en el artículo 399, como una venta inmediata de la cuota actual del comunero, es preciso que se practique la división, que cese la comunidad, que desaparezcan las cuotas, para plantearse la posible validez *pro parte*. Observemos que este aplazamiento de la posible eficacia de la disposición extralimitada viene a coincidir, en lo esencial, con lo previsto en el artículo 597 del Código para la constitución de una servidumbre sobre un fundo indiviso. De los artículos 399 y 597 quizás pueda deducirse que ante la venta extralimitada del comunero aislado no puede intentarse, por el comprador, una inmediata conversión de la venta en la venta de la cuota del comunero vendedor, pero sí puede ese comprador mantener la validez del contrato concluido y forzar a su vendedor a la división y en función del resultado de ésta consolidar su adquisición, pero de esta forma de consolidación trataremos más adelante.

La venta de cosa ajena, tras recorrer la fase de incertidumbre, abierta con la entrega de la cosa vendida, puede consolidarse, desembocar en la adquisición definitiva del comprador. Desde siempre se han conocido, y admitido, diversas formas de consolidación de la venta de cosa ajena, entre ellas la más normal será la usucapión por el comprador y una de las más típicas la posterior adquisición de la propiedad de la cosa vendida realizada por el vendedor de la cosa ajena. Pasemos a realizar una rápida enumeración de esas formas de consolidación de la venta de cosa ajena, aplicables a la venta del comunero aislado.

Creemos que está fuera de toda duda que la venta de cosa ajena fue una *iusta causa usucapionis* en el Derecho romano, y una derecha razón para usucapir en Partidas, donde Part.5,5,54 hace un apretado resumen de la consolidación de la venta de cosa ajena mediante la usucapión. Nada parece

haber cambiado en el Código civil, en el que la venta de cosa ajena encaja perfectamente en la definición de justo título contenida en su artículo 1.952. Indudablemente el comprador de la cosa ajena debe cumplir los requisitos generales de buena fe y posesión ininterrumpida durante los plazos previstos por el legislador. Todas estas consideraciones son aplicables a la venta del comunero aislado, con todo conviene hacer una advertencia, si se parte de la nulidad radical de la venta del comunero aislado es lógico negarle el carácter de justo título para usucapir (125). Pero, si como hemos tratado de demostrar, esa nulidad no es procedente y la venta del comunero aislado es válida, aunque carente de eficacia traslativa, de acuerdo con lo anteriormente expuesto debe de considerarse justo título para usucapir.

No parece arriesgado sugerir que, tratándose una venta de bienes inmuebles, la venta del comunero aislado puede consolidarse por el juego de la fe pública registral. Si el comunero vendedor ha conseguido la inscripción del inmueble común a su nombre exclusivo en el Registro de la Propiedad, parece que su comprador de buena fe estará protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que protege al que adquiere, a título oneroso y de buena fe, de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir. Por evidente, no creemos necesario insistir en que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria consagra una adquisición *a non domino*, que la fe pública registral juega para cubrir los vicios de que pueda adolecer la titularidad registrada del transferente. Es de tener en cuenta que si se parte de la nulidad radical y absoluta, o de la inexistencia de la venta del comunero aislado, no procederá esta forma de consolidación pues la inscripción, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

(125) Así lo hicieron, entre otras, las sentencias de 4 de febrero de 1965 y 14 de marzo de 1983.

Otra forma de consolidación de la venta de cosa común por el comunero aislado, esta vez limitada a bienes muebles, sería la del artículo 464 del Código civil, si se interpretase de acuerdo con la llamada tesis germanista. Desde luego el texto de este oscuro precepto posibilita esta interpretación, más concorde con la seguridad del tráfico jurídico, pero la tesis germanista no es la interpretación prevalente en la jurisprudencia actual.

Todas las formas de consolidación de la venta de cosa ajena en las que ésta se opera sin la colaboración del propietario —en nuestro caso sería la venta de cosa común consolidada sin la colaboración de todos los condueños—, plantean un problema común: ¿Qué posibilidades tiene el propietario que se ve privado definitivamente de la cosa vendida por un tercero? De antiguo se le concede una acción para obtener el precio que recibió el vendedor, con todo hay que anotar algunas variantes. Los glosadores daban al propietario de la cosa vendida y posteriormente *usucapta* o *prescripta* la posibilidad de ratificar la venta, con lo que se reconduce la actuación del vendedor a la gestión de negocios ajenos y, a través de la misma, se posibilita la recuperación del precio. Partidas, en este punto, parece apartarse del modelo azoniano, que estaba siguiendo, y concede al propietario de la cosa usucapida por el comprador una acción directa frente al vendedor para obtener el precio con total independencia de la ratificación, Part.5,5,54 es clara y tajante al proclamar que, ante la usucapición “es tenido el vendedor en todas guisas, de tornar el precio a aquél cuya era la cosa” (126).

En la actualidad las pretensiones del propietario, afectado por la venta de cosa ajena consolidada, se canalizan a través de la acción de enriquecimiento injusto. Así lo vemos expresa-

(126) Es de señalar que no se trata de una novedad absoluta de Partidas, pues esa acción directa para obtener el precio, independiente de la ratificación, ya la vemos consagrada en el Libro de Tubinga 74 (= P. *Except.*3,8) y en lo Codi 4,64,6.

mente reconocido, entre otras, en las sentencias de 10 de marzo de 1958 (127) y 3 de julio de 1981 (128) en las que el propietario, consigue a través de dicha acción, recuperar el precio obtenido por el vendedor de la cosa ajena (129).

La venta de cosa común por el comunero aislado tratándose de comunidades amplias, no limitadas exclusivamente al objeto enajenado, puede presentar en este punto algunas originalidades. Indudablemente frente a la venta consolidada el comunero no enajenante puede reclamar del vendedor, a través de la acción de enriquecimiento injusto, la parte del precio que le corresponde, pero además, al menos tratándose de una enajenación aislada de bienes gananciales pendiente la liquidación de la sociedad conyugal, parece evidente que jugará lo previsto en el número 2 del artículo 1.397 del Código civil y al practicar la liquidación de la sociedad se incluirá

(127) En el supuesto que motivó esta sentencia los demandados habían vendido material del ejército abandonado en el que fue campo de combate, consistente en alambres de espio y piquetas de hierro. En la sentencia no se hace referencia a la forma de consolidación de la venta de dicho material, consolidación que se da por sobreentendida incluso en la demanda del Estado, que busca exclusivamente la recuperación del precio. Rechazada la demanda en el juzgado, acogida parcialmente en la Audiencia, prospera plenamente ante el Tribunal Supremo que acoge el recurso del Estado y declara en su penúltimo considerando: " viniendo obligado el disponente a entregar lo que ha obtenido en virtud de la disposición, es decir, que por no serle posible al verdadero titular reclamar contra el tercero ha adquirido en firme, ha de tener reconocida una pretensión dirigida contra el disponente y fundada en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, consintiendo normalmente la prestación obtenida como compensación, en dinero que ha de ser entregado al verdadero titular, y si la prestación recibida fuere de distinta naturaleza, también debe serle entregada, pues en ella se cifra la ventaja patrimonial que indebidamente ha obtenido el disponente".

(128) En la sentencia de 3 de julio de 1981 estamos ante una venta de inmuebles ajenos que se consolida por el juego de los principios registrales. Una colindante se apropia de unos terrenos pertenecientes a una comunidad hereditaria y obtiene su inscripción, ya como titular inscrito vende la finca dividida a dos promotores que construyen dos edificios y los venden por pisos a diversos propietarios que inscriben su adquisición. Consolidada la venta de cosa ajena, se condena a la vendedora "por haber transmitido a terceros protegidos por la fe pública registral ... a pagar al actor y comunidades en cuyo beneficio acciona el precio de las porciones de la finca ... vendidas ...; precio que se determinará en ejecución de sentencia ...".

(129) Para la posibilidad de obtener no el precio, sino el valor de la cosa ajena indebidamente enajenada, *vid.* J. ALVAREZ CAPEPOCHIPI, "El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en *RDP*. 51 (1977), pp. 866 s.

en el activo el valor que tenían los bienes al ser enajenados.

Quizás la forma más típica de consolidación de la venta de cosa ajena sea la adquisición por el vendedor de la propiedad de la cosa vendida, después de realizada la venta y la entrega. Esta forma de consolidación fue consagrada ya en el Derecho romano —recordemos *D.44,4,4,32* y el amplio estudio de KOSCHAKER referido a dicho texto (130)— y también recogida en *Part.5,5,51*. Pese al silencio actual no podemos dudar de su vigencia, siendo obligada la cita de la interesante sentencia de 5 de mayo de 1983, donde se admite la consolidación de la venta de cosa ajena por la adquisición posterior del vendedor en un complejo supuesto. Cuando el comunero vendedor adquiere, con posterioridad a la venta, la cosa vendida, su enajenación queda consolidada, así lo reconoció expresamente la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 2 de septiembre de 1902, de la que ya nos hemos ocupado, que consideró inscribible la enajenación de una finca ganancial realizada por el viudo, al que se le adjudicó posteriormente en la partición y liquidación de la sociedad conyugal (131).

Puede ocurrir que en la posterior división de la cosa común, liquidación de la sociedad conyugal o partición de herencia, se adjudique al comunero enajenante no el bien vendido en su integridad, como ocurrió en el supuesto de la resolución de 1902, sino una porción del mismo. ¿Qué ocurrirá en este supuesto? Ahora sí que nos encontramos ante el supuesto de hecho contemplado en el artículo 399 del Código civil; ahora sí que puede plantearse de nuevo el problema de la validez y eficacia *pro parte* de la venta de cosa común por el comunero

(130) P. KOSCHAKER, "Fr.4.32 D.44.4 Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano", en *IVRA.* 4 (1953), pp. 1 s.

(131) La sentencia de 20 de enero de 1958 contiene una declaración —ajena al supuesto que la motivó y a la extraña forma de resolverlo (*vid. supra* n.41)— en la que se le reconoce pleno valor convalidante a las particiones, al señalar "... la partición ... siempre será antecedente indispensable para disponer de bienes individualizados pertenecientes a la masa hereditaria, salvo la concurrencia de todos los titulares, o que la misma partición venga confirmar lo anteriormente dispuesto por alguno de ellos".

aislado. En este supuesto sí consideramos totalmente aceptables las ideas expuestas por MIQUEL, el comprador puede cuestionar la validez de la venta con una reducción proporcional en el precio.

En este rápido análisis de las formas de consolidación de la venta del comunero aislado debemos, finalmente, referirnos a la ratificación de los condóminos. La ratificación de la venta de cosa ajena es una forma de consolidación de siempre admitida. Ciertamente que en el Derecho romano encontramos pocas referencias concretas a la misma, pero contamos con textos como C.4,51,4 y, sobre todo, C.3,32,3. El ámbito de la ratificación con respecto a la venta de cosa ajena fue un tema vivamente debatido entre los glosadores, frente a la posición amplia de Martino, que tiene reflejo en Libro de Tubinga 77 (=P.Except.3,13), la tesis más restrictiva de Búlgaro, que admitía la ratificación de la venta de cosa ajena tan sólo en aquellos supuestos en los que no podría ejercitarse la acción reivindicatoria, es la que parece tener una mayor acogida y a ella se suma Bassiano y, después, Azón. Quizá por ello Part.5,5,54 sólo alude a la ratificación de la venta de cosa ajena en el supuesto de la *re perempta*, “si después que la vendida es fecha, se pierde la cosa, o se muere, puede el señor de la cosa aver la vendida por firme, e demandar el precio della al vendedor; quier fuere fecha la vendida en nome del señor, o non”. Como es lógico, también encontramos en este punto un silencio del Código civil y, por su parte, el Tribunal Supremo parece favorable a admitir la fuerza convalidante de la ratificación de la venta de cosa ajena simple (132) y de la venta de cosa común por el comunero aislado, aunque no faltan algunos fallos contradictorios (133).

197

(132) Así, la sentencia de 13 de octubre de 1984.

(133) Entre las sentencias que hemos examinado hasta ahora, algunas aluden a la ratificación del comunero, dando por sentado que si ésta se hubiera producido la venta quedaría consolidada, este parece ser el criterio de las sentencias de 26 de febrero de 1982, 8 de noviembre de 1983 y 29 de abril de 1986, esta última al hacer suyos los considerandos de la sentencia de 1982.

4. Notas complementarias

La solución propuesta a lo largo de los apartados anteriores quizás pueda aparecer como algo audaz, imaginativo, pero no es así. Se ha tratado de desarrollar una idea simple: que la venta del comunero aislado es una modalidad cualificada de la venta de cosa ajena y como tal participa de los rasgos fundamentales de su régimen jurídico. Esta idea, eje de toda la exposición anterior, no es nueva, ni mucho menos, para comprobarlo basta con asomarse a los textos del Derecho romano, de los glosadores, o consultar los autores franceses del pasado siglo, o examinar las más modernas codificaciones europeas, en donde la venta del comunero aislado se considera como una modalidad de la venta de cosa ajena, participando de su tratamiento jurídico. Veámoslo.

198

Son sumamente escasos los textos del Digesto sobre la venta del comunero aislado, que contrastan con la abundancia de textos sobre la venta de cosa ajena en general. Uno de los pocos textos que se refieren a la venta total de la cosa común por un partícipe aislado es *D.36,1,58(56)* (134), texto sumamente difícil (135), del que cabe deducir que la venta de un comunero aislado se consolida plenamente cuando, tras la enajenación, el vendedor adquiere las cuotas

Con todo hay que advertir que las sentencias de 27 de diciembre de 1978 y la de 14 de marzo de 1983, referidas ambas a enajenaciones del cónyuge viudo, nos hablan de una nulidad radical y niegan, lógicamente, la posibilidad de posterior confirmación de las ventas.

(134) *D.36,1,58(56)*: *Filiam fratibus certis rebus acceptis hereditatem restituere pater voluit: ante restitutam hereditatem in possessionem hereditatis filiam quoque mitti placuit. cum autem interea filii res bonorum in solidum distraxissent, item alias pignori dedissent hereditate postea restituta constitit ex eo facto ceterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari. (Pag. 7 resp.).* Aunque la primera impresión que produce el texto es que la hija, gravada con el fideicomiso, es la única heredera de su padre, los romanistas explican el texto considerando a la hija coheredera con sus hermanos y que el fideicomiso concernía solamente a su porción hereditaria. Partiendo de esta explicación la venta que realiza el hermano coheredero es de una cosa parcialmente ajena, pues en parte pertenecía a su hermana, si bien estaba gravada con un fideicomiso a su favor.

(135) *Vid. KOSCHAKER, Fr.4.32 D.44.4, cit. pp. 38 s.*

restantes (136). También *D.21,2,12* contempla una venta aislada del coheredero, pero consentida por los restantes.

Si los textos del Digesto son escasos por el contrario el Código de Justiniano dedica el Título 52 del Libro 4 a la enajenación de cosas comunes (*De commuium rerum alienatione*) y de los cinco rescriptos que contiene cuatro contemplan el supuesto de la venta de cosa común por un comunero aislado. Partiendo de estos cuatro textos pueden trazarse los rasgos generales del régimen de esta compraventa. La venta de la totalidad por el partícipe es válida (137), pero no transmite el dominio de la porción del comunero no interviniendo (*C.4,52,2*), que mantiene incólume su acción real para reclamarla (*C.4,52,1*) y, si así lo hace, el vendedor responde de la evicción de la porción ajena vendida (*C.4,52,5*). Además el comprador de buena fe de la cosa común puede adquirirla por usucapión (*C.4,52,1*), en cuyo supuesto el copartícipe desposeído tiene acción, ahora personal, contra el vendedor para resarcirse de los perjuicios derivados de la que se califica de *satis illicitam venditionem* (*C.4,52,1*).

Es de observar que la estructuración romana de la venta de cosa común por el comunero aislado, a la luz de los textos citados, parece presentar algunas diferencias, que podrían calificarse de importantes, con su configuración actual. En Roma, como se deduce con claridad de los rescriptos citados, la venta de cosa común por el comunero aislado se excinde en una venta de la participación propia del vendedor —válida, eficaz e inatacable—, y en una venta de la participación ajena, a la que se le aplica el régimen de la venta de cosa ajena, que podemos calificar de válida, consolidable e impugnabile por su titular. Esta configuración tiene indudables repercusiones prác-

(136) La confirmación de la venta del coheredero tras la entrega del fideicomiso es clara en el texto: *heditate postea restituta ... ex eo facto ... venditiones ... confirmari*. Pero, como señala KOŠCHAKER (*Fr.4.32 D.44.4 cit.* p. 42), plantea una cuestión insoluble pues Papiniano habla de una convalidación automática, *ipso iure*, en una época en que ningún otro jurisconsulto la sostenía, pues ésta se desarrollará en la época postclásica.

(137) En ninguno de los cuatro rescriptos hay una declaración expresa de validez, pero parten de ella de forma evidente.

ticas: el copropietario no interviniente tan sólo puede reivindicar su parte —*pro portione tua munit, in rem actio incolumis*, nos dice el rescripto de Gordiano recogido en *C.4,52,1*—, tiene la acción reivindicatoria *pro parte*, no *in solidum* (138), lo que contrasta con esa reivindicación sobre la totalidad de la cosa vendida que hoy se otorga al comunero que actúa en interés de la comunidad. La venta de cosa común es válida y eficaz *pro parte*, en la porción correspondiente al vendedor, y si se opera la reivindicación de otro copropietario el vendedor responde frente al comprador por la evicción parcial operada, *alienae portionis evictione secuta, quanti interest emptori solves*, señala *C.4,52,5* (139). Estas diferencias en su régimen jurídico no empañan, en modo alguno, la afirmación inicial de que para el Derecho romano la venta de cosa común por el comunero aislado era una modalidad cualificada de la venta de cosa ajena.

200 En la asimilación medieval del Derecho justiniano no existieron dudas en relación con la venta del comunero aislado. Los rescriptos contenidos en *C.4,52*, eran claros. Y con esa tipicidad y rigidez, propias de la literatura jurídica de los glosadores, las *Summae Codicis* en la rúbrica “*De communium rerum alienatione*” trataban, sobre todo, de la venta extralimitada del comunero, su irrelevancia frente al comunero no interviniente que mantenía la reivindicatoria, las posibilidades de usucapir del comprador, la posible ratificación y sus efectos, después se completaba la exposición con la referencia al privilegio especial del Fisco en la venta extralimitada, reconocido en *C.4,52,2*. Este fue el camino marcado por el autor de la *Summa Trecensis* (Geraldus?) al señalar:

(138) Respecto a la reivindicación *pro parte*, también pueden citarse, siguiendo a BONFANTE (*Corso II-II, cit. p. 20, n. 1*), entre otros *D.6,1,6*; *D.6,1,76 pr.*; *D.6,2,12,6* y *C.3,32,16*. Y además los textos referidos a la *plus petitio*, por no ajustarse la reivindicación a la propia cuota que son *Gai.4,53,a* e *Inst.4,6,33*.

(139) El juego de la evicción parcial tiene también un claro reflejo en *D.21,2,1*.

Summa Trecensis, De communium rerum alienatione. Alienatio quoque rei partim proprie partim aliene eodem modo inhibita est, quantum ad alterius partem attinet. si enim res communis distracta est, pro parte ab eo qui venditioni non consensit vendicari potest, nisi usucapio vel prescriptio obstet. cum enim ille qui emit non ut socius possidet, rationabiliter prescribere et usucapere potest: quo facto socius cogitur ratam alienationem habere et pretii partem negotiorum gestorum accione a socio petere ... Evicta quidem re que distracta est, sive in solidum sive pro parte, evictio semper prestanda est sive promissa fuit sive non, nisi speciali pacto remissa fuit: tunc enim pretium restituendum est. (140).

El mismo camino seguirá lo Codi, esa precoz y original *Summa* provenzal, que hace un apretado y ajustado resumen del régimen justiniano, y trata, además, bajo esta rúbrica de una cuestión nueva, de las cosas comunales que no pueden ser vendidas como los mercados y las iglesias, pero en el aspecto que a nosotros nos interesa, se mantiene en la línea que será típica de las *Summae Codicis* y señala:

201

lo Codi 4,65,2: Mas si el enagena toda la cosa non val la enagenación fueras por la parte suya e por aquello los otros compañeros pueden demandar la su parte de la cosa a todos omes que la tengan si la cosa non es usucapta o prescripta como ley diz. Mas si la cosa es usucapta o prescripta puede bien demandar la su parte del precio al que la vendió (141).

En el texto provenzal, además de la originalidad ya señalada de tratar de las cosas comunales que no pueden ser vendidas, es de anotar que se echan en falta las consideraciones de otras *Summae*, sobre las posibilidades de ratificación del comunero.

Las *Summae* de Rogerio (142) y Placentino, seguirán idén-

(140) Ed. H. FITTING (Berlín 1894), Reimp. Nachdruck 1977.

(141) Ed. J. A. ARIAS BONET (Madrid 1984).

(142) *Summa Codicis Rub. De communium rerum alienatione: Non solum prohibita est alienatio rei que in totum dicitur aliena, sed etiam eius que pro parte dicitur propria, pro parte aliena. nam res communis pro parte socii alienari non potest, et ideo socio pro sua parte competit vendicatio, nisi ille qui emit totus sit prescriptione X. vel XX. annorum...* (Ed. G. B. PALMIERI en *Bibl. iur. mediæ ævi* I (Bolonía 1913). A continuación Rogerio se ocupa del tema, que tanto preocupó a los glosadores, del ámbito de la ratificación respecto a la venta de cosa ajena, aplicado a la venta de cosa común.

tico camino, pero es de hacer notar cómo este último tiende a condensar su exposición y contiene ya un reenvío a la rúbrica precedente (*C.4,51 R. De rebus alienis non alienandis, et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca*, rúbrica en que los glosadores se ocupaban especialmente de la venta de cosa ajena). Veamos el texto de Placentino.

Placentino. *Summa, De communium rerum alienatione.* *Rem communem quis vendit quodcumque tanquam communem, quodcumque tanquam propriam ... porro ubi quis vendit rem communem velut propriam, quantum ad partem socii quam tradidit, nihil agit. ergo pars illa a domino poterit vindicari perpetuo, nisi processit postea usucapio, vel praescriptio, vel nisi modus praecedente titulo. Ex positis alienatio irrita ab initio, postea confirmatur.* (143).

Y terminamos este recorrido por las *Summae Codicis* de los glosadores con una especial referencia a la *Summa* de Azón, cuyo texto, es el siguiente:

202

Azón. *Summa, De communium rerum alienatione.* *Quaecumque dicta sunt de alienis rebus in totum intelegantur esse dicta de alienis rebus pro parte quantum ad partem: Nam et si socius omnium bonorum sit, non tamen nisi pro parte sua alienat: sed nec pro parte sua post litis contestatio nisi suo socio velit alienare ut C.3,37,1, in actione familiae erciscundae etiam post motam controversia prohibetur alienatio quia similis est actio hereditatis petitioni ut D.53,15,19 et D.10,1,13 (¿). hoc fiscus tamen ratione partis alienat rem communem in totum...* (144).

En el texto de Azón puede apreciarse un cambio de orientación respecto a las *Summae* precedentes: la que era cuestión básica del título, la venta extralimitada del comunero, la resuelve con un simple reenvío (145); sigue así el camino marcado por Placentino, pero de manera más decidida. Después

(143) Ed. Moguntiae 1536, Reimpr. Torino 1962.

(144) Ed. *Corpus Glossatorum iuris civilis* II (Torino 1964).

(145) No debemos olvidar que Azón comienza a tratar del título precedente señalando: *licet enim aliena quis possit vendere, non tamen potest alienare, ut D.50,16,67 et D.18,1,28.*

trata con más detenimiento de la venta extralimitada del Fisco, e introduce una cuestión nueva, sugerida por C.4,52,3, los límites a la disposición de la propia cuota derivados del ejercicio de la *actio communi dividundo*. Es, en definitiva, la *Summa Codicis*, que menos atención específica le dedica al tema de la venta extralimitada del comunero.

Ya centrados en el Derecho español hay que señalar que ninguno de los textos legales, desde el *Liber* hasta el Código civil, si no nos equivocamos, ha tratado expresamente de esta modalidad cualificada de la venta de cosa ajena, con excepciones muy puntuales, como pueden ser el Vidal Mayor (146) y los *Fori antiqui Valentiae* (147). Y al silencio de los textos legales se corresponde, lógicamente, el de los autores patrios.

El silencio sobre el tema es especialmente sorprendente en Partidas. Nos explicamos. Al existir un título específico en el *Codex* referido a la enajenación de cosas comunes, cuyo contenido fundamental, como hemos visto, eran rescriptos referidos a esta modalidad de la venta de cosa ajena, y del que las

(146) Vidal Mayor 4,29 (Ed. G. TILANDER [Lund 1956]). El texto es amplio y original que soluciona la venta extralimitada en función del tipo de comunidad existente sobre el bien vendido.

Para la comunidad ordinaria se mantiene la solución clásica del derecho justiniano. Vidal Mayor 4,29,14: "Empero, si aqueilla cosa antedita pertaynesce a dos, non como cosa de hermanos o cormanos que descendiesse en eillos por razón de heredar, mas si pertaynesce a eillos por otra razón o por otro título, es assaber si aqueilla cosa lis fué dada a eillos o leixada o lo ganaron por alguna otra razón, (15) el uno, qui non consentió, aqueill aillenamiento puede reuocar quoanto a la su part et apropiar su part pora si, et la otra partida o las otras partidas d'aqueill que aillenó deuen finquar en aqueill que recibió el aillamiento ..."

La venta del coheredero aislado, tratándose de bienes de abolorio, la resuelve otorgando al no interviniente la posibilidad de impugnación total. Vidal Mayor 4,29,3: "En este caso assí es departido segunt el fuero que, si aqueilla hereditat o possessión uino a estos por razón de heredar que descendía en cillos de sus mayores, assí como descende a hermanos o cormanos, aqueill qui non consentió aqueill aillenamiento podrá revocar aqueill feito, en guisa que aqueill qui recibió aqueill aillenamiento non puede ren retener d'aqueilla hereditat o possessión ni en todo ni en partida ...", aunque reconoce el juego de la posesión de año y día frente a esta impugnación.

(147) El texto contenido en *F. Valentiae* 72.2 (Ed. M. Dualde [Madrid-Valencia 1950-1967]) es sumamente escueto: *Non valet alienatio rei socialis sive communis nisi pro parte illius qui eam vendidit sine socii voluntate*. En *F. Valentiae* 74,4 vemos reproducida la doctrina de D.21,2,12.

Summae Codicis medievales se ocupaban expresamente, era lógico que una obra tributaria de una *Summa Codicis*, como son Las Partidas tratase expresamente del problema.

¿Qué ocurrió para que no se trasladasen al Código alfonsino unas normas relativas a la venta de cosa común por un comunero aislado? Parece que puede explicarse. Es sabida la primordial relación de la regulación alfonsina de la compraventa con la *Summa Codicis* de Azón, puesta de manifiesto por ARIAS RAMOS y ARIAS BONET (148). Parece que el silencio de los redactores castellanos trae causa del hecho de que la *Summa* de Azón, como vimos, no se ocupa específicamente de la venta extralimitada del comunero, la alude sí, pero la resuelve con un simple reenvío. Por ello, de la rúbrica azoniana *De communium rerum alienatione*, los redactores castellanos derivaron exclusivamente el texto de Part.5,5,55 en el que, con algunas innovaciones frente al modelo (149), se regula exclusivamente la venta de la cuota por el comunero titular de la misma y el derecho de adquisición de los restantes condóminos.

El *Code* de Napoleón pretendió establecer la nulidad radical y absoluta de la venta de cosa ajena en su artículo 1.599, pero la jurisprudencia y la doctrina francesa practicaron una interpretación correctora entendiendo que el artículo 1.599 establecía una nulidad relativa en beneficio del comprador, otorgándole a éste la posibilidad de impugnar la venta concluida sin esperar a que sobrevenga la evicción (150). El *Code* no trataba directamente de la venta de cosa común por el comunero aislado pero los autores y la jurisprudencia resolvieron el problema aplicándole las soluciones de la venta de cosa ajena. Esto puede apreciarse en las obras de TROPLONG (151), AUBRY

(148) J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, "La compraventa en las Partidas," en *Centenario de la Ley del Notariado I-II* (Madrid 1965), pp. 341 s.

(149) Vid. ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, "La compraventa", *cit.* pp. 418 s.

(150) Para el estudio del artículo 1.599 del *Code* de Napoleón y de la nueva dimensión que recibe el tratamiento de la venta de cosa ajena tras la interpretación correctora de la jurisprudencia y la doctrina Vid. MÉNDEZ, *La venta de cosa ajena*, *cit.* pp. 650 s.

(151) TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la vente*, I (París 1845), p. 317.

y RAU (152), LAURENT (153), GUILLOUARD (154), BAUDRY-LACANTINERIE y SAIGNAT (155) o PLANIOL y RIPERT (156), entre otros, todo ello sin perjuicio de las diferencias existentes entre los mismos, incluso a la interpretación del propio artículo 1.599; lo cierto es que todos ellos acuden a este precepto para integrar el régimen de la venta del comunero aislado. En esencia se considera una venta válida en cuanto a la participación del vendedor y una venta de cosa ajena en cuanto a la participación ajena, susceptible de consolidación por usucapión, ratificación del comunero no interviniente y también por la partición y división posterior en que se adjudica al comunero vendedor el bien enajenado. Las grandes dudas en el Derecho francés surgen en el ámbito de las posibilidades de impugnación de la venta, antes de consolidarse, bien por el copropietario no interviniente, bien por el comprador. A diferencia del Derecho romano el comprador de la venta de cosa ajena tiene a su disposición una acción de impugnación, basada en el artículo 1.599, sin esperar a que sobrevenga la evicción. ¿Esta acción, en la venta de cosa común, se refiere exclusivamente a la porción ajena o a la totalidad de la venta? En este punto es donde pueden apreciarse mayores divergencias entre los autores, y debe señalarse una tendencia, progresiva y mesurada, en la jurisprudencia francesa a otorgar la posibilidad de la impugnación total (157).

Nos resta por hacer una referencia a las más modernas codificaciones europeas en las que se regula expresamente la venta de cosa común por el comunero aislado como modalidad

(152) AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, V (París 1907), pp. 52 s.

(153) F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XXIV (Bruselas-París 1887), p. 115.

(154) L. GUILLOUARD, *Traité de la vente & de l'échange* I (París 1889), pp. 208 s.

(155) G. BAUDRY-LACANTINERIE y L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de Droit civil. De la vente et de l'échange* (París 1908), pp. 117 s.

(156) M. PLANIOL y J. RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, X (Habana 1946), pp. 47 s.

(157) Para esta evolución jurisprudencial *vid.* las conclusiones del Avocat général Ricalens en la sentencia de la Cour D'Appel de París de 22 de febrero de 1966.

de cualificada de la venta de cosa ajena. Así, el nuevo Código civil italiano tras regular la venta de cosa ajena —válida, si bien se concede al comprador una acción de resolución— en los artículos 1.478 y 1.479, dedica el artículo siguiente, el artículo 1.480, a la venta de cosa común, que establece: “Si la cosa que el comprador consideraba propiedad del vendedor era sólo en parte propiedad de otro, el comprador puede pedir la resolución del contrato y el resarcimiento del daño según la norma del artículo precedente, cuando deba considerarse, según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte a cuya propiedad no ha accedido; de otro modo sólo puede obtener una reducción del precio, además del resarcimiento del daño”.

El moderno Código civil portugués optó por la nulidad de la venta de cosa ajena, aunque se trata de una nulidad tenue, matizada, no totalmente oponible y susceptible de convalidación. No importa el criterio adoptado, lo cierto es que dentro de la regulación de la venta de cosa ajena, que se inicia en el artículo 892, se incluye la regulación de la venta de cosa común por el comunero aislado en el artículo 902, que establece: “Se os bens só parcialmente forem alheios e o contrato valer na parte restante por aplicação de artigo 292.º, observar-se-ão as disposições antecedentes quanto á parte nula e reduzir-se-á proporcionalmente o preço estipulado”.

Creo que los datos que nos aportan estas escuetas y esquemáticas notas complementarias ponen de manifiesto que la idea, eje de la exposición, de que la venta de cosa común por el comunero aislado es una modalidad cualificada de la venta de cosa ajena y que participa, con las lógicas originalidades, de su régimen jurídico no es, en absoluto, disparatada, al contrario se corresponde con la tradición jurídica occidental, que se plasma en las más modernas codificaciones europeas. Parece que sería deseable que se consolidase esa línea jurisprudencial —nunca abandonada pero nunca, también, establecida de forma predominante y clara— que proclama la validez de la venta de cosa ajena y de la venta del comunero aislado matizando adecuadamente su eficacia y régimen jurídico.

APROXIMACION AL ESTUDIO DE LOS DIVIDENDOS EN ESPECIE

CÁNDIDO PAZ-ARES

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad Autónoma de Madrid

207

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** PRIMERA HIPÓTESIS: LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN ESPECIE COMO COMPETENCIA NATURAL DE LA JUNTA ORDINARIA. **III.** SEGUNDA HIPÓTESIS: LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN ESPECIE COMO COMPETENCIA ESTATUTARIA DE LA JUNTA. **IV.** TERCERA HIPÓTESIS: LA OFERTA DE PAGO EN ESPECIE DEL DIVIDENDO COMO COMPETENCIA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO.

I. Introducción

La distribución de dividendos en especie no se ha caracterizado, en la vida práctica de nuestras sociedades anónimas o limitadas, por su importancia o por su recurrencia. Respecto de la mayor parte de los bienes reviste, en efecto, un carácter meramente episódico, pues no es fácil imaginar la circunstancia en que resulte conveniente arbitrar el pago de dividendos mediante la entrega de inmuebles, mercancías u otros activos sociales ordinarios. Solamente en sociedades de dimensiones personales muy modestas puede tener sentido el reparto *in natura*, y aun así en ocasiones muy contadas. Esta circunstancia probablemente explica el silencio que guardan sobre la materia las legislaciones continentales (*de minimis non curat lex*) y la escasa atención que le ha dispensado la doctrina (1). En la hora actual, sin embargo, el panorama comienza a mudar. Las razones del cambio han de buscarse en el refinamiento o sofisticación que viene experimentando nuestra cultura financiera y en la consiguiente innovación contractual y tecnológica que aporta para lograr ajustes hasta el momento desconocidos. Este es, en efecto, el marco que ha permitido a las empresas ver o descubrir en la distribución *in natura* una interesante posibilidad para especializar su política de dividendos y para cubrir, al propio tiempo, otras necesidades o conveniencias de gestión (2). Los objetos sobre los que se proyecta la distribución son ahora los objetos típicos del mercado financiero: créditos, valores y, muy especialmente, las acciones propias que la sociedad ha acumulado en su

(1) De cuanto nos consta, no existe ningún tratamiento monográfico en nuestra doctrina. La situación no mejora en el contexto de la literatura europea, si exceptuamos el penetrante estudio de nuestro admirado maestro boloñés G. SANTINI, "Distribuzione di dividendi *in natura*?", *Riv. dir. civ.*, 1966 II, pp. 164 ss. (reproducido en el volumen *Impresa e società. Scritti in memoria di A. Graziuni*, V, Napoli 1968, pp. 1749 ss.), en el que en buena medida se inspiran estas reflexiones.

(2) Quizá por ello los países con mayor tradición financiera —Inglaterra y Estados Unidos— contemplan en su legislación la distribución de dividendos *in natura* o "property dividends" (v. *infra* nts. 4 y 19 *in fine*).

cartera (3). Esta circunstancia —unida a la indudable relevancia teórica de la cuestión, en la que se entrecruzan algunos de los problemas más graves del derecho de las sociedades de capitales— nos ha animado a parar la atención sobre este viejo problema y a dedicarle un breve estudio de aproximación. El propósito perseguido es muy modesto. Se trata simplemente de sistematizar los escasos datos disponibles sobre la materia y de replantear los términos de la discusión a fin de averiguar si es posible, dentro de nuestro ordenamiento, que la junta general llamada a resolver sobre la aplicación del resultado

(3) En este momento interesa precisar que la distribución de dividendos en acciones de autocartera no debe confundirse con *el pago o la oferta de pago de dividendos con acciones nuevas*. Estas últimas prácticas se hallan muy difundidas en algunos países, cuya legislación contempla la posibilidad de que la junta general (o incluso el órgano administrativo) acuerde, en el momento de resolver sobre la aplicación del resultado, que el dividendo se distribuya, necesariamente o a elección del accionista, en acciones nuevas que se crean automáticamente a tal efecto. Nos referimos a las prácticas llamadas, en Inglaterra, *bonus shares issues* (sect. 263 del Companies Act 1985 [v., por todos, R. R. PENNINGTON, *Company Law*, 5.^a ed., London 1985, pp. 467-469]) y *scrip dividends* (v. C. M. SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law*, 1, 24.^a ed., London-Edinburgh 1987, pp. 1106-1108); en Estados Unidos, *share distributions* o *stock dividends* (Sect. 45 del Model Business Corporations Act de 1969 o sect. 6.23 del Model Business Corporations Act de 1984 [v., entre tantos, H. G. HENN y J. R. ALEXANDER, *Laws of Corporations*, 3.^a ed., St. Paul, Minn. 1983, pp. 919 ss.]; en Francia, *paiement du dividende en actions* (arts. 351-353 de la Loi sociétés commerciales, tras la reforma introducida por la Loi 83-1 de 3 de enero de 1983 [v., para una primera aproximación, G. RIPERT y R. ROBLLOT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1, 12.^a ed., París 1986, pp. 1040-1041])). En realidad, estas prácticas ni son propiamente distribución de dividendos (cfr. HENN/ALEXANDER, *Laws of Corporations*³, p. 920 y, entre nosotros, F. SÁNCHEZ CALERO, *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Roma-Madrid 1955, p. 164, nt. 139) ni su finalidad es atribuir a los socios nuevos valores; con ellas simplemente se aspira a retener el beneficio transformándolo en capital. En nuestro país, al igual que sucede en otros muchos de nuestro entorno continental (v. gr.: Alemania, Italia, etc.), estas operaciones no pueden realizarse directamente, por medio de resolución ordinaria de la junta que aprueba las cuentas anuales y decide sobre la distribución de los resultados. Para lograr un efecto equivalente ha de seguirse el procedimiento especial de aumento de capital (v. art. 151 LSA). El aumento puede hacerse gratuitamente, a cargo de reservas o beneficios (arts. 151.2 y 157 LSA) o de manera onerosa, a cargo de nuevas aportaciones, cuyo pago se efectuará por compensación con el crédito al dividendo acordado (art. 154 LSA; no parece que la hipótesis haya de incardinarse dentro del art. 156 LSA, aunque ciertamente le son aplicables las cautelas que recoge) (para un juicio similar, v. W. HEFERMEHL y E. BUNGEROTH en E. GESSLER, W. HEFERMEHL, U. ECKARDT y B. KROPFF [eds.], *Aktiengesetz. Kommentar*, I, 7. Lieferung, München 1983, § 58, 125, p. 158 y, en nuestra doctrina, la breve observación de J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid 1952, p. 204).

pueda disponer que los dividendos sean satisfechos a los socios, total o parcialmente, con bienes distintos al dinero. El problema —dicho de otra manera más simple— consiste en determinar si el contenido del crédito derivado del dividendo —que normalmente es dinerario— puede ser alterado por la junta general. La cuestión, como veremos enseguida, es altamente controvertida. En nuestra opinión, sin embargo, merece una respuesta afirmativa, al menos en relación con algunas de las variantes posibles. En el curso del estudio esperamos poder verificar la consistencia de esta respuesta considerando escalonadamente las distintas hipótesis que tienen relieve en el tratamiento de la materia.

II. Primera hipótesis: la distribución de dividendos en especie como competencia natural de la junta ordinaria

210

La primera hipótesis parte del presupuesto de que la junta general goza *ex lege* de competencias para determinar la forma de pago del dividendo (art. 215. 2 LSA) y que, dentro de esta competencia, estaría incluida la facultad para decidir acerca del contenido del derecho. Bajo esta perspectiva, bien podría entenderse que la asamblea de accionistas, si lo estima oportuno, puede resolver el pago en especie —y, señaladamente, en acciones propias— del dividendo acordado, sin observar más requisitos que los necesarios para la validez del acuerdo de distribución de beneficios (4). El examen de esta hipótesis,

(4) La posibilidad de que la junta —e incluso el propio órgano administrativo— acuerden pagar el dividendo en especie ("property dividend") no ha suscitado jamás problemas en el derecho norteamericano: v. HENN/ALEXANDER, *Laws of Corporations*³, pp. 869 ss. Una famosa sentencia (*Williams vs. Western Union Tel. Co.*) señaló rotundamente que "there is not rule of law or reason founded upon public policy which condemns a property dividend". R. Ch. CLARK, *Corporate Law*, Boston-Toronto 1986, pp. 593-594 compendia claramente el estado de la cuestión: "The property distributed is often money [...], but it could be any other form of property, including stock, bonds, and other securities issued by the distributing corporation itself". En el plano legislativo la posibilidad de distribuir dividendos *in natura* se encuentra prevista por algunas legislaciones estatales. Resulta elocuente al respecto la sect. 510 (a) de la *New York*

aunque conduzca a descartarla, es de suma importancia para comprender los problemas implicados en la materia y, en definitiva, para iluminar la solución final. En relación con ella y desde el punto de vista del derecho español, pueden hacerse las siguientes observaciones.

1. La primera se refiere a las posturas doctrinales. La doctrina mayoritaria y prácticamente unánime, dentro del laconismo que la caracteriza en el tratamiento de esta materia, suele pronunciarse en términos resueltamente negativos. De acuerdo con ella, en efecto, la junta no está habilitada para imponer el pago del dividendo con bienes distintos al dinero (5). La mayoría de los autores no justifican esta solución, que consideran sobreentendida. Los tratadistas que específicamente detienen su atención en la materia invocan argumentos de índole muy variada. De los que hacen referencia a la causa del contrato de sociedad y a las dificultades de fraccionamiento y de valoración de los bienes no dinerarios nos ocuparemos más adelante (v. *infra* III.2). En este momento interesa solamente recordar el argumento principal, que apela a la naturaleza esencialmente dineraria del derecho al dividendo. La ley —se afirma— ha configurado el derecho al dividendo como un

211

Bussines Corporation Law, a tenor de la cual “[A] corporation may declare and pay dividends [...] in cash or its bonds or its property, including the shares or bonds of other corporations, on its outstanding shares...”. En términos semejantes se expresan las sects. 1.40 y 6.40 del *Model Bussines Corporation Act* de 1984.

(5) V., en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, *Determinación del beneficio*, pp. 164-165; R. ILLESCAS ORTIZ, *El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*, Sevilla 1973, p. 112; GIRÓN, *Der. soc. anón.*, p. 203; J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7.^a ed. (a cargo de A. Bercovitz), Madrid 1976, p. 520; J. C. SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, en V. GARRIDO DE PALMA *et alii*, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 2.^a ed., Madrid 1990, p. 234; J. MASSAGUER FUENTES, *Los dividendos a cuenta en la sociedad anónima*, Madrid 1990, pp. 177-178; etc.; la doctrina europea se orienta, en términos generales, en una dirección semejante: v. C. H. BARZ en *Aktiengesetz. Grosskommentar*, I-1, 3.^a ed., Berlin-New York 1973, § 58, 33, p. 442; M. LUTTER en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, I, 2. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München, s.f., § 58, 58, p. 432; HEFERMEHL/BUNGEROTH, *Aktiengesetz*, I-7, § 58, 124, p. 158; RIPERT/ROBLLOT, *Traité*, I², p. 1036; FERRI, *Le società*, 3.^a ed., Torino 1987, p. 832; etc.

crédito pecuniario. La prueba de esta configuración vendría dada por el procedimiento de determinación del beneficio, que tiene lugar a través de una valoración en dinero de los singulares elementos del patrimonio y se expresa en la diferencia monetaria entre el valor del activo y el valor del pasivo; es decir, en el excedente del patrimonio neto respecto del capital y demás partidas indisponibles del pasivo (v. art. 213.2 LSA). La expresión en dinero del beneficio determinaría la naturaleza estructuralmente dineraria del crédito al dividendo y la consiguiente imposibilidad de la junta de alterar su contenido y, en consecuencia, de imponer su pago en especie: el socio no puede ser constreñido a recibir cosa distinta de lo que se le debe (art. 1166 CC) (6). El argumento, sin embargo, no parece concluyente. En efecto, el hecho de que el dividendo se calcule en dinero no quiere decir necesariamente que su contenido sea dinerario. No puede confundirse la función (abstracta) del dinero como unidad de medida con la función (concreta) del dinero como unidad de cambio. Ambas funciones se proyectan sobre planos diversos: la primera, sobre el plano contable (el dinero sirve para medir todas las cosas); la segunda, sobre el plano económico o sustancial (el dinero sirve para comprar todas las cosas) (7). El hecho de que el dinero sirva como unidad de cuenta para determinar el dividendo no implica necesariamente que el contenido del dividendo haya de ser dinero como valor de cambio, es decir, que el objeto de la obligación de la sociedad consista en transferir al acreedor el poder de adquisición que entraña el dinero (8). De la dis-

(6) Así, entre tantos, SANCHEZ-CALERO, *Determinación del beneficio*, p. 165 ("El dividendo se calcula en razón de los beneficios repartibles que están indicados por una suma de dinero. De aquí que el crédito del accionista haya de ser siempre un crédito en dinero"). En la doctrina extranjera no son infrecuentes tampoco este tipo de argumentaciones: v., por ejemplo, KROPPF, *AktG-Komm.*, III, § 174, 26-28, pp. 566-567; etc.

(7) Sobre estas funciones del dinero v., en la literatura más reciente, C. PAZ-ARES en C. PAZ-ARES, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCovITZ y P. SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, II, Madrid 1991, p. 200.

(8) Santini lo ha expresado en términos inmejorables: "La natura di credito pecuniario non discende *eo ipso* dal fatto che questo sia espresso in cifre: anche il capitale può e deve essere indicato in cifre, ma non sempre è formato da denaro liquido;

ciplina contable no puede extraerse la conclusión de que la ley configure imperativamente el dividendo como un crédito pecuniario o de que esencialmente e irremediamente haya de consistir en dinero.

2. Con ello no quiere decirse que el crédito al dividendo no sea un crédito dinerario; simplemente se afirma que no tiene que ser necesariamente —estructuralmente— dinerario. El carácter dinerario del dividendo no pertenece, como tantas veces se presupone, a la *rerum natura* (9). Aceptada esta premisa, bien podría sostenerse que la junta ordinaria puede resolver que se satisfaga en especie. El buen sentido de esta afirmación se percibe fácilmente si partimos del presupuesto de que el derecho al dividendo concreto surge a favor del socio única y exclusivamente a consecuencia del acuerdo de distribución adoptado por la junta (10). El razonamiento es muy sencillo, y puede formularse en los siguientes términos: si el nacimiento del derecho depende de la voluntad de la junta, no hay razón para afirmar que la junta sólo puede fijar la cantidad de la prestación, pero no su calidad. Quien puede lo más (no distribuir dividendos) ha de poder lo menos (distribuir dividendos en especie). Dicho de otra manera: si el socio no tiene ningún derecho al dividendo antes de que lo decida la junta, no puede tener derecho a cobrarlo en dinero si la

213

anche gli utili sono espressi in cifre, ma possono non corrispondere a denaro contante; dunque anche la deliberazione non fa sorgere un credito pecuniario solamente per il fatto di prevedere un dividendo, tratto da quegli utili ed espresso, come quelli, in cifre corrispondenti a valori e non a moneta contante" (SANTINI, *Riv. dir. civ.*, 1966 II, p. 183).

(9) Lo prueba elocuentemente la disciplina legal de la sociedad civil, que parte de la premisa de que los beneficios se reparten en el momento de la liquidación y, precisamente, en especie: v. art. 1.061 CC al que se remite el art. 1.708 CC (para una primera aproximación, v. PAZ-ARES, *Com. Cód. Civ.*, II, p. 1522).

(10) El tema es pacífico en la doctrina, que unánimemente estima que la resolución de la junta que decide sobre la aplicación del resultado tiene carácter constitutivo del crédito al dividendo: v., por todos, SÁNCHEZ CALERO, *Determinación del beneficio*, pp. 121, 144; ILLESCAS, *Derecho del socio al dividendo*, pp. 100 ss.; GIRÓN, *Der. soc. anón.*, p. 179; J. GARRIGUES en J. GARRIGUES y R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 3.^a ed. (a cargo de Aurelio Menéndez y M. Olivencia), Madrid 1976, pp. 449-450; etc.

decisión de la junta ha sido diversa o adversa. El contenido de su derecho, tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo, vendrá determinado por la resolución de la asamblea. El argumento *maior ad minus* parece, a primera vista, incontestable (11). La conclusión que se alcanza por esta vía es obvia: la junta que resuelve sobre la aplicación del resultado puede resolver también sobre las modalidades de pago del dividendo y, en definitiva, sobre el contenido del derecho.

3. La conclusión anterior debiera tener carácter definitivo para quienes parten de la inexistencia de un derecho del socio al reparto periódico de beneficios (12), puesto que, arrancando de tales presupuestos, todo el poder sobre la materia se concentra sobre la junta general y, consiguientemente, el argumento *maior ad minus* expuesto más arriba se hace inatacable (13). No es éste el momento de analizar tan delicada cuestión, que excedería de los objetivos de este pequeño estudio. En nuestra opinión, ha de partirse, con la doctrina mayoritaria, de la tesis

(11) Esta argumentación ha sido brillantemente desarrollada por SANTINI, *Riv. dir. civ.* 1966 II, pp. 172-173.

(12) En nuestra doctrina se sitúan en esta órbita, entre otros, F. VICENT-CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 1-2, 3.ª ed., Barcelona 1991, pp. 489-490; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Sociedades de capital*², pp. 226-228, que aduce en favor de la inexistencia del tal derecho la STS 30-XI-1971 y la RDGRN 5-VII-1982. Esta tesis —se afirma— habría quedado claramente reforzada a raíz de la reforma de 1989 por el art. 91.1 LSA que, al reconocer a los accionistas sin voto un derecho al dividendo anual, implícitamente estaría excluyendo la existencia de dicho derecho en relación a los accionistas ordinarios. La tesis examinada ha sido desarrollada con toda suerte de detalles por G. ROSSI, *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, Milano 1957, pp. 183 ss., cuya argumentación —dada la semejanza de presupuestos normativos— puede trasladarse prácticamente *in totum* al derecho español.

(13) Lo reconoce con toda claridad R. FISCHER, *AktG-Grosskomm.* (ed. 1961), § 52, 30, p. 319 (“Si la junta general está legitimada para ello [para no distribuir los beneficios de balance y llevarlos a reservas] —lo que, según la opinión aquí mantenida sólo es posible si en los estatutos se contiene una autorización especial en ese sentido—, entonces debe estimarse que la junta es competente para satisfacer el dividendo a los accionistas de forma distinta que con dinero”). Con igual contundencia se expresan R. GOERDELER y W. MÜLLER, en *GmbH-Gesetz Grosskommentar*, 3. Lieferung, Berlin-New York 1977, § 29, 71, p. 191 (“Enthält die Satzung eine Ermächtigung der Gesellschafterversammlung, über Gewinnverteilung frei zu beschliessen, so kann die Gesellschafterversammlung auch eine Sachauschüttung beschliessen”).

opuesta y, concretamente, de aquélla que postula la existencia de un derecho del socio a la distribución periódica del resultado, que no es absoluto (pues ello sería contrario a los poderes de configuración que se atribuyen a la junta general en el art. 213.1 LSA), sino relativo (en el sentido de que ha de modalizarse en función del interés social) (14). El fundamento de este derecho al reparto periódico, que la doctrina mayoritaria localiza en la ley (art. 48.2 LSA) o en la costumbre, ha de residenciarse, a nuestro juicio, en el propio contrato de sociedad. El contrato —según indica el art. 1.258 CC— obliga “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza,

(14) La doctrina más generalizada considera, en efecto, que la junta general se halla limitada en sus potestades por un derecho del socio al reparto periódico, de manera que no puede negarse de manera sistemática a distribuir dividendos y que sólo en el caso de que el interés social lo exija puede reservar los beneficios de balance (v., con distintas modulaciones, SÁNCHEZ CALERO, *Determinación del beneficio*, pp. 42, 129 ss.; GIRÓN, *Der. soc. anón.*, pp. 201-202; GARRIGUES/(URÍA), *Comentario LSA*, I³, p. 449; M. DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, I, 2.^a ed., Madrid 1977, pp. 606-607; M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, 9.^a ed., Madrid 1991, pp. 254 y 317; ILLESCAS, *Derecho del socio al dividendo*, pp. 202 ss.; A. PINÓN PALLARES, *Las reservas en las sociedades anónimas*, Madrid 1974, p. 103; en la jurisprudencia destacan las STS 27-III-1973 y 5-VII-1986; etc.; en la doctrina comparada también ésta es la orientación predominante: v., a título de ejemplo, G. FRE, *Società per azioni* (dentro del *Comentario del Codice Civile* cuidado por A. Scialoja y G. Branca), 5.^a ed. (a cargo de A. Pellicano), Roma-Bologna 1982, pp. 729 ss.; GALGANO, *Società per azioni*, p. 313; RIPERT/ROBLLOT, *Traité*, I¹², p. 1036; en la legislación alemana más moderna, el derecho al reparto del beneficio se halla consagrado expresamente: v. §§ 58 IV y 254 *AktG* (v. también art. 264.1 *Código das sociedades comerciais* portugués). Las tesis más rigurosas —las que conceden al socio un derecho al reparto de todo el beneficio contabilizado— se hallan en franco retroceso: v. D. PETTITI, *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*, Milano 1957, pp. 21 ss. y, entre nosotros, A. VICENTE y GELLA, *Derecho mercantil*, p. 188. Ha de observarse que la doctrina mayoritaria configura de manera diversa el derecho del socio al dividendo. En ocasiones, se afirma que el socio goza de un derecho en sentido estricto que no puede ser desconocido por la junta, aunque puede ser modalizado por el interés social; en otros casos se afirma que el accionista carece, en rigor, de un derecho subjetivo, pero que la junta no puede resolver negativamente cuando ello contravenga las exigencias del interés social o de la buena fe (v., entre nosotros, la síntesis que ofrece ahora R. ILLESCAS ORTIZ, “El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte”, DN 21 [1992], pp. 29-30). Dado que en sus resultados prácticos las tesis apenas divergen, no parece necesario abordar ahora esta cuestión (para una discusión más analítica de la materia, v. ILLESCAS, *Derecho del socio al dividendo*, pp. 145 ss.).

sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". La ley, aunque reconoce el derecho del socio a las ganancias (art. 48.2 LSA), no especifica el momento en que ha de hacerse efectivo (al final de la sociedad o periódicamente); este extremo, a falta de especificación estatutaria, ha de integrarse mediante la buena fe y los usos, que conducen a estimar, al menos en las sociedades no ocasionales, que el reparto tiene una periodicidad anual. Esta es, en efecto, la voluntad presunta de quien concierta un contrato de sociedad anónima (15). Pues bien, partiendo de la existencia de un derecho del socio al reparto periódico, la conclusión anteriormente alcanzada, que atribuía plenos poderes a la junta general ordinaria para imponer a los socios el pago del dividendo *in natura*, queda en entredicho. Para apercibirnos de ello, hemos de tener en cuenta que una vez reconocido el derecho, hemos de atribuirle un contenido pecuniario. El contenido pecuniario no está ciertamente reconocido por la ley, pero se desprende, una vez más, de la integración de los estatutos de la sociedad anónima en virtud de los usos (art. 1.258 CC). No puede desconocerse, en efecto, que existe un uso general —podríamos decir, incluso, "universal"—, según el cual los dividendos, a falta de disposición en contrario del contrato, han de satisfacerse en dinero (16). Por ello, si el socio tiene derecho *ex contractu* a que se repartan beneficios, tiene igualmente derecho *ex contractu* a que se repartan en dinero. La junta general ordinaria no puede violentarlo estableciendo modalidades de pago diversas. No obstante, si el interés social puede justificar en ocasiones la no distribución de dividendos, no puede descartarse que, en casos excepcionales, pueda justificar también su distribución *in natura* (17).

(15) Cfr. PAZ-ARES, *Com. Cód. Civ.*, II, p. 1435.

(16) Sobre este punto v., específicamente, SANTINI, *Riv. dir. civ.* 1966 II, p. 174; v. también FERRI, *Società*¹, p. 832. De ese uso es consciente la propia ley que en varios lugares presupone el contenido dinerario del dividendo (es especialmente ilustrativo al respecto el art. 217 LSA que, al regular la restitución de dividendos irregularmente pagados, obliga a el pago de intereses, es decir, a una prestación propia de las deudas dinerarias).

(17) Las hipótesis no son ciertamente fáciles de imaginar. Tal vez el supuesto más propicio para ser considerado bajo la óptica del interés social es el que se conoce, en

III. Segunda hipótesis: la distribución de dividendos en especie como competencia estatutaria de la junta

Descartada la primera hipótesis, podemos afrontar el estudio de la segunda. De lo que se trata ahora es de dilucidar si es posible jurídicamente establecer una cláusula estatutaria que habilite a la junta general para distribuir los dividendos en especie. La cuestión dista mucho de ser pacífica.

1. Un amplio sector de la doctrina parece rechazar esta posibilidad, sobre la base de entender que la disciplina legal de las cuentas sociales conduce necesariamente a la configuración del derecho al dividendo como crédito pecuniario. De acuerdo con ese planteamiento, cuya argumentación ya conocemos, se sostiene que la sociedad sólo puede pagar el dividendo en especie al accionista que exprese su conformidad con esta modalidad de pago; a los demás habrá de pagarles en dinero (18). El malentendido sobre el que descansa esta aproximación “contable” ya ha sido puesto de relieve, por lo que huelga detenerse nuevamente sobre ello (v. *supra* II.1). Aquí hemos de arrancar de las consideraciones realizadas anteriormente, que ponen de manifiesto la naturaleza exquisitamente contractual de la materia. La regla general

217

la literatura anglosajona, bajo el nombre de *de-merger*. No debe excluirse, en efecto, que en ciertas ocasiones el interés social en *desinvertir en empresas de alto riesgo* o en *deshacer conglomerados poco eficientes* puede justificar la distribución entre los accionistas, en concepto de dividendos en especie, del paquete de acciones que la sociedad tiene en otras sociedades subsidiarias (sobre este caso v. D. D. PRENTICE y B. G. PETTET, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 5.^a ed., London 1992, pp. 256-257).

(18) Cfr. SÁNCHEZ-CALERO, *Determinación del beneficio*, p. 164; en la doctrina comparada se orientan en la misma dirección voces muy autorizadas: v., entre otros, A. GIULIANI, “Pagamento di dividendi con beni sociali”, *Riv. not.* 1964, pp. 283-284; BARZ, *AktG-Grosskomm.*, I-1³, § 58, 33, p. 442; KROPFF, *AktG-Komm.*, III, § 174, 28, p. 567; etc. Conviene precisar que quienes se adhieren a esta orientación estiman que el crédito al dividendo es estructuralmente dinerario y que esta condición no puede alterarse ni siquiera por unanimidad. El acuerdo de todos los socios para que se pague el dividendo en especie no modifica el contenido del derecho; lo único que hace es sustanciar un convenio general de *datio in solutum* que obliga a los socios a aceptar en pago de un crédito de dinero bienes distintos al dinero.

podría formularse así: *el dividendo ha de pagarse en dinero, no porque se trate de un crédito estructuralmente dinerario, sino porque ésa es la voluntad presunta de las partes* (arg. ex art. 1.258 CC) (19). Las partes, por consiguiente, pueden enervar esa regla interpretativa disponiendo expresamente otra cosa. La cláusula contractual —*rectius*: estatutaria— que apodere a la junta que está llamada a resolver sobre la aplicación del resultado para la distribución de dividendos en especie se halla pues, desde esta perspectiva, al abrigo de cualquier reparo (20).

2. La procedencia de la disposición estatutaria que habilite a la junta para imponer, total o parcialmente, el pago del dividendo *in natura* no parece que pueda objetarse tampoco al amparo de lo prevenido por el art. 10 LSA, que limita la autonomía privada en función de “los principios configuradores de la sociedad anónima” (21). Las dudas que se suscitan o

(19) Sobre el sentido de la integración contractual ex art. 1.258 CC, v., en la literatura más reciente, J. ALFARO, *Condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, pp. 361 ss., 442 ss.

(20) En la misma dirección se orienta también un nutrido grupo de tratadistas, que normalmente se limitan a consignar la viabilidad de una cláusula estatutaria de distribución de dividendos *in natura*, sin ofrecer justificación alguna de su posición: v. ILLESCAS, *Derecho del socio al dividendo*, p. 112; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Sociedades de capital*², p. 234; VICENT-CHULIA, *Compendio*, I-2³, p. 720; FISCHER, *AktG-Grosskomm.* I², § 52, 30, p. 319; H. WÜRDINGER, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, 4.^a ed., Heidelberg-Karlsruhe 1981, pp. 69-70; GOERDELER/MÜLLER, *GmbHG-Grosskomm.*, § 29, 71, pp. 290-291; A. HUECK en A. BAUMBACH y A. HUECK, *GmbH-Gesetz. Kurz Kommentar*, 15.^a ed., München 1988, § 29, 55, p. 324; H. ROWEDDER en H. FUHRMANN, H. G. KOPFERSTEINER, J. LANFERMANN, H. RASNER, F. RITTNER y K. ZIMMERMANN, *GmbH-G. Kommentar*, München 1985, § 29, 56, p. 408; A. MORELLO, *Società atipiche*, Milano 1983, pp. 111-112; SANTINI, *Riv. dir. civ.* 1966 II, pp. 175-176; A. WEILLER, “Assegnazione di un appartamento ad un azionista a titolo di reparto di utile”, *BBTC* 1963 II, pp. 561-562; F. GALGANO, *La società per azioni* (vol. VII del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* dirigido por él mismo), Padova 1984, p. 312, nt. 37; G. MARASA, *Le società. La società in generale* (dentro del *Trattato di diritto privato* dirigido por G. Iudica y P. Zatti), Milano 1991, p. 185; etc. En el derecho inglés, la ley contempla expresamente la posibilidad de otorgar a la junta competencias para que determine la distribución de los dividendos en especie: v. sect. 263 (2) *Companies Act* 1985 y, sobre ello, PENNINGTON, *Company Law*⁵, pp. 470-471; SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law*, I²⁴, p. 1105.

(21) En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Sociedades de capital*², p. 234; en concreto, el juicio de este autor sobre el pago de dividendos con acciones

pueden suscitarse en este campo se vinculan a tres principios: el principio de la causa lucrativa, el principio de paridad de trato de los accionistas y el principio de integridad del capital.

a) En ocasiones se afirma que la distribución de dividendos *in natura* desnaturaliza el esquema típico de la sociedad anónima, basado en el ánimo de lucro, aproximándolo al esquema de las sociedades vertebadas en torno a una causa mutualista (22). La objeción, sin embargo, es infundada, y no porque sea errada la premisa de la que parte que, a nuestro juicio y dentro de nuestro ordenamiento, lo es (23), sino porque es errada la inferencia o conclusión que obtiene: el reparto de beneficios en especie no entraña, en efecto, desfiguración alguna de la causa lucrativa. Para apercibirnos de ello hemos de tener en cuenta que la adopción de una cláusula estatutaria de distribución de dividendos en especie no afecta ni al *título* en virtud del cual tiene lugar la distribución, que es la aplicación del resultado y no la ordinaria explotación de un objeto social mutualista, ni a la *naturaleza* del excedente distribuido, que es beneficio en sentido estricto —lucro generado a costa de terceros— y no retorno —diferencia entre el coste previsto y el coste efectivo de las prestaciones realizadas a favor de los socios—. La cláusula que examinamos sólo afecta a la modalidad

219

propias es muy favorable, ya que ello —señala— “permitirá reforzar a la sociedad sus fondos propios, al reinvertirse sus beneficios, y puede constituir un instrumento para facilitar la enajenación por la sociedad de las acciones propias que haya adquirido y, por ende, el cumplimiento de la obligación impuesta por los arts. 76 y 78 LSA”.

(22) Es especialmente significativa en este orden de ideas la posición de GIULIANI, *Riv. Not.* 1964, p. 283 (“... una norma siffatta introdurrebbe nello schema tipico delle società lucrative di capitali caratteristiche proprie delle finalità di altri enti associativi a strutture cooperativistiche...”).

(23) El tema no obstante, carece de relieve de frente a la cuestión aquí debatida. En efecto, aunque admitamos que la sociedad en general y la anónima en particular no tienen que ser necesariamente lucrativas (v. C. PAZ-ARES, “Animo de lucro y concepto de sociedad” en *Estudios en homenaje a J. Girón Tena*, Madrid 1991, pp. 731 ss., esp. 740-742), ello no quiere decir que la causa lucrativa sobre la que recayó el consentimiento de los socios en el momento fundacional pueda alterarse mediante el procedimiento ordinario de modificación de los estatutos. Dado el carácter causal de la materia, la modificación necesita la unanimidad (v. PAZ-ARES, *Com. Cód. Civ.*, II, p. 1323; RDGRN 22-XI-1991).

instrumental de atribución del excedente y, por tanto, no pone en entredicho la subsistencia del fin lucrativo. Sobre este punto —nos parece— no hay margen para la vacilación (24).

b) En otras ocasiones se afirma que la distribución de dividendos en especie no debe admitirse por poner en peligro la *par conditio sociorum*. Los activos no pecuniarios —se afirma— son menos fungibles y fraccionables que el dinero y por tanto pueden conducir a atribuir a los socios valores distintos de los que les corresponden de acuerdo con la regla de la proporcionalidad que consagra el art. 215.1 LSA (25). La observación es, sin duda, cierta, pero la conclusión que se quiere derivar de ella nos parece, una vez más, errada. El riesgo de quebrar la paridad de trato no invalida la cláusula estatutaria, sino su ejercicio en concreto. Desde esta perspectiva, es obvio que un acuerdo de distribución de dividendos *in natura* que impida el tratamiento paritario es anulable. Pero si las especies distribuidas son homogéneas y fungibles —como sucede, por ejemplo, con todos los valores que cotizan en Bolsa— el riesgo está de antemano conjurado (26).

220

(24) Este texto de Morello es significativo al respecto: “En lo tocante a distribución de los beneficios, se puede citar el ejemplo de la sociedad que construya inmuebles, y que asigne a sus socios algunos de los inmuebles construidos en pago de los dividendos. Tal sociedad se diferencia de la cooperativa edilicia, porque no tiene una finalidad mutualista: la asignación del inmueble no es la consecución de un ahorro, sino de un beneficio; la cooperativa entrega todos los inmuebles sociales a los socios, y se hace reembolsar los costes en que haya incurrido; la sociedad de que tratamos sólo entrega algunos de los inmuebles, sin reembolso de los costes, puesto que se trata de pago de beneficios. La cooperativa edilicia debe haber construido el inmueble social; la sociedad podría incluso no haberlo construido, sino haberlo comprado...” (MORELLO, *Società atipiche*, p. 112). No debe olvidarse, por lo demás, que el propio ordenamiento contempla sociedades lucrativas (art. 1.665 CC) que distribuyen el beneficio en especie (arts. 1.708 y 1.061 CC; v. *supra* nota 9). Para la distinción, en fin, entre causa lucrativa y causa mutualista v., en la literatura más reciente, M. L. LLOBREGAT, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona 1990, pp. 35 y ss., y C. PAZ-ARES, “Comentario al art. 2.2”, en A. PAU (dir.), *Comentario a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid 1992.

(25) Así, por ejemplo, KROFF, *AktG-Komm.*, III, § 174, 28, p. 567.

(26) La doctrina que admite la posibilidad de distribuir beneficios en especie considera indispensable un cierto grado de fungibilidad y homogeneidad de los bienes a distribuir: v. PENNINGTON, *Company Law*⁵, p. 471; SANTINI, *Riv. dir. civ.* 1966 II, p. 170 nt. 23; WEILLER, *BBTC* 1963 II, p. 562; ROWEDDER, *GmbHG-Komm.*, § 29, 56,

c) Otras veces, en fin, se apela al principio de integridad del capital para desvirtuar la cláusula. La integridad del capital ciertamente puede menoscabarse mediante una infravaloración de los bienes a distribuir, pero ello tampoco invalida la cláusula que permite distribuir dividendos *in natura* (27), sino el acuerdo lesivo que se adopte a su amparo. Bajo esta óptica hemos de tener en cuenta que no pueden distribuirse bienes por valor inferior al que tengan atribuido en el balance (28). Esta regla, sin embargo, no ha de guardarse necesariamente cuando los bienes que se entreguen sean acciones propias y el valor inscrito en el activo del balance de tales acciones se halle correctamente neutralizado con la correspondiente reserva en el pasivo (art. 79 3.ª LSA). La razón se comprende sin esfuerzo si tenemos en cuenta que, en realidad, tales acciones tienen contablemente valor cero (29). Por otro lado, tampoco parece

p. 408); etc. El principio de igualdad podría preservarse igualmente, aun cuando los bienes no fueran homogéneos y fungibles, a través del *sistema de formación de lotes* (v. arts. 1.061 y 1.708 CC). No obstante, las dificultades operativas hacen que este sistema no resulte compatible con las exigencias funcionales de la sociedad anónima. Bajo este aspecto conviene precisar que “los principios configuradores” del tipo a que hace referencia el art. 10 LSA imponen ciertas costricciones en esta materia y, en concreto, exigen que se trate de bienes dotados de una cierta genericidad y, sobre todo, de cierta liquidez. De lo contrario, las expectativas normativas de quienes han querido asociarse en una anónima se verían desbaratadas.

(27) De esta opinión parece ser, no obstante, SÁNCHEZ CALERO, *Determinación del beneficio*, pp. 164-165, texto y nt. 140. La objeción es recordada también por Abbadessa, según el cual el problema de la falta de garantía o control de la valoración de los bienes podría poner en entredicho la cláusula estatutaria de distribución de dividendos en especie (cfr. P. ABBADESSA, *Riv. soc.* 1971, p. 1102). La objeción, sin embargo, prueba mucho, puesto que, de ser cierta, la sociedad no podría celebrar nunca operaciones con sus socios, pues siempre estaría presente el peligro de que se sobrevalorase la prestación a cargo del socio o se infravalorase la prestación a cargo de la sociedad. En realidad, el problema se plantea igual en las distribuciones de dividendos en dinero, puesto que en este caso —nadie lo discute (ni siquiera el propio prof. Sánchez Calero)— el crédito al dividendo puede extinguirse mediante una *datio in solutum* de bienes infravalorados (v. *infra* IV).

(28) Cfr. FERRI, *Società*³, p. 832; MORELLO, *Società atípiche*, p. 113.

(29) Cfr. C. PAZ-ARES, *Negocios sobre las propias acciones*, en AA.VV., *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid 1987, pp. 556 ss. Algún tratadista abriga reservas frente a la distribución de dividendos en acciones de la propia sociedad por entender que “la hipotética adjudicación obligatoria de acciones a título de dividendo implica por fuerza un aumento, al menos inicialmente no querido, de la participación de cada uno de los socios en la sociedad. Ese mayor compromiso o

correcto, sin tomar otras cautelas, valorar los bienes objeto de distribución *in natura* por debajo de su valor de mercado (30).

3. En atención a las consideraciones anteriores, puede afirmarse que la habilitación estatutaria a la junta para que pueda imponer el pago de los dividendos *in natura* no tropieza con obstáculos legales ni contradice principio o valor alguno de nuestro ordenamiento societario. La cuestión que se plantea a continuación es la relativa a los requisitos de inserción en los estatutos sociales de la cláusula de apoderamiento a la junta para la distribución de dividendos en especie. El problema consiste en dilucidar si la cláusula sólo puede introducirse en el momento fundacional o posteriormente por unanimidad, o cabe introducirla también mediante *una modificación ordinaria de los estatutos* sujeta a la disciplina general del art. 144 LSA. La respuesta afirmativa es fácil para aquel sector doctrinal que reconoce a la junta el poder de sacrificar las situaciones subjetivas del socio cuando éstas —como sucede en el caso que examinamos— no se resuelven en derechos especiales de una clase de

222

participación, cuando no es producto de una decisión libre, no puede ser admitido de acuerdo con los principios generales del derecho de obligaciones” (ILLESCAS, *Derecho del socio al dividendo*, p. 113). El argumento, sin embargo, no convence, al menos mientras se trate de acciones plenamente liberadas, que no comportan para el adjudicatario nuevas obligaciones, aunque sean meramente eventuales (v. art. 46 LSA). La razón es clara: si el accionista no desea aumentar su participación nada le impide que se abstenga de cobrar el dividendo o, lo que es más razonable, de enajenar de inmediato sus acciones. Por otra parte, si el argumento fuese efectivamente atendible, no se comprendería por qué la ley permite que la mayoría —mediante el correspondiente aumento de capital con cargo a reservas— *asigne gratuitamente a todos los socios*, incluso a los disconformes con la operación, nuevas acciones.

(30) *Quid iuris* en el caso de que el valor de balance de los bienes objeto de reparto es inferior, como normalmente acontece, a su valor de mercado? La doctrina considera que mientras los bienes no se valoren por debajo del valor contable, la distribución no tropieza con dificultades, puesto que no afecta a la integridad del capital; son meras reservas ocultas que se reparten (así, por ej., MORELLO, *Società atipiche*, pp. 113-114). No es claro, sin embargo, que una distribución de ese tipo pueda hacerse libremente. En la medida en que entraña una atribución de ventajas indirectas a los socios, ha de someterse a ciertos límites, que ahora no es el momento de analizar (sobre la problemática, v., para una primera aproximación, WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, München 1980, pp. 440-443 y, en nuestra doctrina, C. PAZ-ARES, “La llamada reinversión de dividendos”, RGD 1992).

accionistas (art. 148 LSA) ni se hallan garantizadas expresamente por la ley mediante la atribución al socio de un derecho irrenunciable o inderogable por la mayoría (art. 48 LSA) (31). Entendemos, no obstante, que la misma solución puede alcanzarse aun partiendo de orientaciones más generosas, al menos cuando se reconozca que no es suficiente para constituir un derecho individual del socio cualquier posición favorable resultante del contrato de sociedad (32). No puede olvidarse, en este sentido, que el socio, al concertar el contrato de sociedad, puede y debe contar ya con la eventualidad de que éste se modifique por mayoría (33).

4. De todo lo cual se desprende la conclusión de que la sociedad ya constituida puede modificar mayoritariamente sus estatutos atribuyendo a la junta la facultad de establecer las modalidades de pago del dividendo que juzgue oportunas. Consideramos, sin embargo, que, a falta la autorización estatutaria, la junta carece de competencias para imponer la satisfacción en especie del dividendo acordado, aunque la resolución se haya adoptada con los *quorums* y mayorías propios de la modificación de estatutos (34). Las reglas del sistema exigen que primero se adopte la modificación estatutaria con todas sus formalidades. En cambio, no hay duda de que la junta puede acordar por unanimidad, aun cuando no modifique los estatutos, distribuir los dividendos *in natura*. Pero en ese caso, más que ante una distribución de dividendos en especie, estamos ante una distribución de dividendos ordinaria, respecto de la cual los socios —los acreedores— aceptan anticipadamente

(31) Doctrina mayoritaria: v., por todos, GIRÓN, *Der. soc. anón.*, pp. 463-464; GARRIGUES/(URÍA), *Comentario LSA*, II³, pp. 243-244; en la literatura extranjera, v., entre otros, WÜRDINGER, *Aktienrecht*⁴, pp. 173-174; WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, pp. 358-360 y 380 ss.; etc.

(32) Cfr. SANTINI, *Riv. dir. civ.* 1966 II, p. 176; en el mismo sentido ROWEDDER, *GmbHG-Komm.*, § 29, 56, p. 408; etc.

(33) Para el estado de la cuestión, v., entre nosotros, CÁMARA, *Estudios*, II², pp. 58-77.

(34) Contra, sin embargo, ROWEDDER, *HmbHG-Komm.*, § 29, 56, p. 408.

la extinción del crédito mediante un subrogado del cumplimiento. Pero ésta es una cuestión distinta, de la que nos ocupamos seguidamente.

IV. Tercera hipótesis: la oferta de pago en especie del dividendo como competencia del órgano administrativo

Finalmente, y al objeto de completar el espectro de posibilidades que se le abren a la sociedad, ha de hacerse una escueta referencia a la oferta de pago en especie del dividendo. En esta última hipótesis no se sustancia propiamente una distribución de dividendos *in natura* (distribución forzosa), sino una oferta de pago en especie de dividendos en dinero (distribución facultativa) (35). La línea que separa uno y otro supuesto, aun cuando a menudo se traten conjuntamente e incluso se confundan (36) es, no obstante, muy clara. En el primer caso, el pago *in natura* descansa sobre la propia naturaleza del crédito: el contenido del derecho de crédito en que se resuelve el derecho al dividendo acordado es la especie de bienes determinada y, por lo tanto, ni el deudor puede imponer ni el acreedor puede exigir el cumplimiento de una prestación distinta (v. art. 1.166 CC). Por eso hablamos de distribución “forzosa”. En el segundo caso, el pago *in natura* se funda en circunstancias externas al crédito al dividendo: el contenido del derecho de crédito es dinero y, de la misma forma que en el supuesto anterior, rige el principio de identidad del pago: la prestación puede y debe cumplirse en dinero. Nada obsta, sin embargo, para que la sociedad ofrezca pagar mediante la entrega de bienes distintos. El caso paradigmático nos lo ofrece, en la práctica, la llamada “reinversión de divi-

(35) En materia de acciones, esto se expresa con una vieja máxima de la jurisprudencia americana: “A dividend in cash with the right to purchase new stock ist not a stock dividend” (*apud* N. D. LATTIN, *The Law of Corporations*, 2.^a ed., Mineola, N. York, 1971, p. 540, nt. 26).

(36) *Cfr.* GIULIANI, *Riv. not.* 1964, pp. 280-281.

dendos" (37). En tales hipótesis el pago *in natura* no se impone (porque el crédito es pecuniario), simplemente se ofrece. De ahí que su procedencia quede supeditada a la aceptación de cada accionista (art. 1.262 CC). Puede afirmarse por ello que, en estos casos, la distribución de dividendos *in natura* no entraña un acto societario, sino que se sustancia a través de un negocio individual que el accionista debe consentir. En el tratamiento de esta modalidad negocial han de hacerse tres observaciones muy breves.

1. La primera versa sobre la naturaleza del negocio que suscribe cada accionista. Descartado, por obvios motivos, que nos encontremos ante un *contrato de compraventa* de los bienes *in natura* de que se trate (en el que la obligación del pago del precio por parte del comprador se extingue por compensación del crédito al dividendo que ostenta frente al vendedor), es claro que la naturaleza de la operación ha de buscarse dentro de los negocios que se estructuran en torno a una causa extintiva (38). Desde esta óptica podría entenderse que cons-

225

(37) La operación, que en tiempos reciente se ha difundido en nuestra praxis financiera, consiste en una oferta de la sociedad, dirigida a sus socios, a fin de que el dividendo acordado pueda ser de inmediato aplicado por esos mismos accionistas (en la medida en que voluntariamente convenga a cada uno) a la adquisición de acciones viejas que, directa o indirectamente, obran en el poder de la sociedad. La finalidad fundamental de esta operación, practicada por algunos Bancos y Compañías eléctricas, es disolver la autocartera por cauces distintos a los que proporciona el mercado secundario oficial (para una primera aproximación, v. A. SÁNCHEZ DE ANDRÉS, "Principios, casos y conceptos en materia de asignación gratuita de acciones", *Estudios en homenaje a J. Girón Tena*, Madrid 1991, p. 898). Aquí no nos interesa abordar los problemas específicos de esta práctica, que se asocian al "descuento" con que suele formularse la oferta respecto del precio de cotización, y que tienen que ver con la "distribución encubierta de beneficios", la prohibición de asistencia financiera y el derecho del mercado de capitales, que son objeto de análisis en otro estudio (v. PAZ-ARES, RGD 1992).

(38) En ocasiones, sin embargo, se considera que estamos ante una compraventa, porque el tenor de la oferta hecha por la sociedad sugiere ese contrato. Así, por ejemplo, en la llamada "reversión de dividendos", en que la sociedad formula su oferta dando a los accionistas la posibilidad de reinvertir las cantidades que les adeuda en concepto de dividendo en la adquisición de acciones propias. Parece, en efecto, que lo que se les ofrece es consumir una compraventa de acciones, a cuyo pago se aplicaría el crédito al dividendo. Pero esta sería, sin duda alguna, una calificación errada.

tituye una *cesión de bienes para pago*: la sociedad ofrecería al accionista, de acuerdo con lo prevenido por el art. 1.175 CC, la cesión de los bienes de que se trate (por ej., acciones propias) para el pago de sus obligaciones derivadas del acuerdo de distribución de dividendos (39). Pero esta calificación tampoco puede compartirse. La voluntad de las partes no es realizar un negocio *pro solvendo* (es decir, salvo buen fin), cuyo efecto solutorio no se produzca inmediatamente, sino una vez liquidados los bienes y, en su caso, cobrados los créditos. La voluntad de las partes es realizar un negocio *pro soluto*, de suerte que el efecto solutorio de la deuda al dividendo se verifique inmediatamente con la entrega de las acciones. Esta voluntad de las partes obliga, a nuestro juicio, a encuadrar la figura dentro de la *dación en pago o datio in solutum* (40). La operación que examinamos es, en efecto, una oferta de dación en pago, que se perfecciona cuando es aceptada por el acreedor (arts. 1.521, 1.636, 1.166 I CC *a contrario*). El convenio de dación de pago constituye un contrato atípico que no entraña novación (no sustituye la obligación antigua por una nueva), ni modificación (no supone un cambio del objeto de la relación obligatoria), sino que origina un nuevo modo de extinción de la deuda. La realización del *aliud* o nueva prestación convenida (entrega de los bienes de que se trate) supone la consumación del negocio de *datio in solutum* y la consiguien-

La finalidad del negocio que se ofrece concluir a los accionistas mediante la “reinversión de dividendos” no es la finalidad de intercambio propia de la compraventa, sino la finalidad extintiva propia de los negocios solutorios o subrogados del pago. El fin objetivo de la operación es extintivo, porque lo que primariamente se busca es cancelar (total o parcialmente) la obligación social de pagar el dividendo. La sociedad no quiere vender sus bienes para obtener un precio (sin importarle su procedencia); la sociedad quiere transmitir sus acciones para extinguir la deuda del dividendo (son muy luminosas a este respecto las páginas de C. FERNÁNDEZ NOVOA, “La dación en pago”, ADC 1957, pp. 753 ss., esp. 760-765).

(39) Por esta calificación se inclina entre nosotros MASSAGUER, *Dividendos a cuenta*, p. 178.

(40) La doctrina más generalizada se orienta en la misma dirección: v., entre tantos, HEFERMEHL/BUNGEROTH, *AktG-Komm*, 1-7, § 58, 124, p. 158; LUTTER, *Kölner Komm*, 1-2, § 58, 58, p. 432; SANTINI, *Riv. dir. civ.* 1964 II, p. 166; entre nosotros apunta esta solución, A. BERGAMO, *Sociedades anónimas*, II, Madrid 1970, p. 278.

te extinción de la obligación principal (obligación de pagar una suma de dinero en concepto de dividendos). El cumplimiento de la obligación de prestar el *aliud* se realiza, pues, *solvendi causa* (41).

2. Establecido lo anterior, la cuestión de la validez se torna clara: siendo el crédito al dividendo un derecho de crédito de igual naturaleza al que ostenta un tercero (no en vano el derecho al dividendo se califica como “derecho de socio en calidad de tercero”), siendo la dación en pago un negocio con causa lícita amparada por el ordenamiento y estando los bienes que se ofrecen en pago *in commercium*, es obvio que la dación en pago del crédito al dividendo de bienes sociales es una operación jurídicamente impecable e inatacable. La doctrina se muestra unánime, en efecto, a la hora de admitir la posibilidad de que la sociedad ofrezca en pago de sus deudas bienes *in natura* y, específicamente, acciones propias, aunque, como es natural, condiciona el efecto extintivo a la aceptación de la nueva prestación por parte del acreedor (42). Hay no obstante alguna voz aislada que considera improcedente la operación cuando tenga por objeto, como normalmente ocurrirá, acciones propias; y la considera improcedente por estimar que “equivale en realidad a un incremento de capital con cargo a beneficios que (al realizarse de esta manera) opera al margen del procedimiento legalmente establecido al efecto” (43). La objeción se basa en un malentendido acerca de la economía de la operación. La objeción valdría si las acciones que se ofrecen en pago fuesen acciones nuevas creadas *ad hoc* por la sociedad, pues en ese caso, sería necesario

(41) Cfr., por todos, L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 2.ª ed., 2.ª reimp., Madrid 1983, p. 664; y, *amplius*, FERNÁNDEZ NOVOA, ADC 1957, pp. 784 ss.

(42) Cfr. GIRÓN, *Der. soc. anón.*, p. 204; BERGAMO, *Sociedades anónimas*, II, p. 278; ILLESCAS, *Derecho del socio al dividendo*, p. 112; BARZ, *AktG-Grosskomm.*, I-1³, § 58, 21, p. 442; LUTTER, *Kölner Komm.*, I-2, § 58, 58, p. 432; HEFERMEHL/BUNGEROTH, *AktG-Komm*, I-7, § 58, 124, p. 158; etc.

(43) MASSAGUER, *Dividendos a cuenta*, p. 178.

aumentar previamente el capital de acuerdo con la preceptiva legal (44). Pero en modo alguno vale respecto de acciones viejas —es decir, de las acciones propias que la sociedad tiene ya en su cartera—, puesto que en ese caso no hay ampliación de capital; hay simplemente una enajenación de autocartera que aumenta el capital en circulación, pero no el capital estatutario.

3. De todo lo anterior se infiere que la competencia para ofrecer bienes sociales en pago de dividendos no corresponde a la junta general, sino al órgano administrativo de la sociedad. La dación en pago para la extinción de las deudas derivadas del dividendo no es propiamente un acto societario (un acto de aplicación del resultado), sino un acto de gestión. Cuando el art. 215.2 LSA reserva a la junta la facultad de determinar “la forma de pago” del dividendo, no quiere decir que, ante el silencio de la junta, el pago sólo puede proceder en numérico. Es indiscutible que el órgano administrativo, dentro de sus facultades ordinarias de administración, puede ofrecer a los accionistas, si lo estima oportuno para la gestión social (v. gr.: por problemas de tesorería, por la necesidad de deshacerse de la autocartera, etc.), la dación en pago de bienes distintos al dinero. Como es natural, la operación habrá de hacerse respetando el principio de paridad de trato y calculando el valor de los bienes según criterios de mercado a fin tanto de preservar la integridad del capital como de no incurrir en una “distribución encubierta de [nuevos] beneficios”.

(44) V. *supra* nt. 3.

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIONES COMENTADAS

LA CONVERSION EN CAPITAL DE LA PRIMA DE EMISION

(Res. 27 marzo 1991)

RESOLUCION de 27 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Madrid, don Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de ampliación de una sociedad (BOE 22 mayo).

231

“En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Madrid, don Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de ampliación de capital social.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 26 de enero de 1990, la Junta General de «Jotsa, Sociedad Anónima», en sesión Extraordinaria y Universal, tomó razón de haberse llevado a efecto la suscripción de nuevas acciones emitidas en operación de ampliación de capital, así como la aportación o desembolso de todo su valor nominal (Acuerdo Primero) y, también la aportación o ingreso total de la prima de emisión acordada y adoptó por unanimidad el acuerdo de convertir en capital social el importe aportado como prima mediante la creación de nuevas acciones emitidas liberadas que quedaron suscritas sin desembolso por los accionistas con cargo a la cuenta del pasivo de la prima de emisión por dicho importe convertida en capital y en proporción al capital suscrito con anterioridad por cada uno (Acuerdo Segundo). Mediante escritura autorizada en la misma fecha por el Notario de Madrid, don Roberto Blanquer Uberos, se ejecutaron dichos acuerdos y quedó formalizada la operación de ampliación del capital social a cargo

de la cuenta prima de emisión. La cláusula dispositiva segunda titulada «Ampliación de capital a cargo de la cuenta prima de emisión», establece en el apartado D): Siendo así que la prima de emisión a cargo de la cual se hace la emisión se ha formado en este mismo acto resulta de imposible cumplimiento lo previsto en el artículo 157.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del precedente documento por comprender los siguientes defectos que impiden practicarla: 1.º Error en la intervención. La Junta es de fecha de 26 de enero de 1990 y no de 15 de enero de 1990. 2.º Ampliación de capital a cargo de la cuenta de prima de emisión: Ha de acompañarse el balance debidamente verificado a que se refiere el artículo 157-2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 168-4 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º No consta estado civil de los nombrados —excepto el de don Antonio García Fernández— ni el lugar y fecha de expedición de los documentos identificativos de los extranjeros —excepto don Hans Dieter Anders— artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil. 4.º No consta la aprobación del acta de acuerdo con el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil. 5.º Ha de inscribirse junto con la escritura número 224/1990 del mismo Notario que se devuelve defectuosa con esta misma fecha. Como advertencia: 1.ª Artículo 16 Estatutos: No parece que existe correlación en la forma de adoptar acuerdos entre el apartado 6 con el 4. 2.ª De conformidad con el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil han de transcurrir quince días desde la fecha del asiento de presentación para poder inscribir los nuevos nombramientos. No se extiende la anotación preventiva por no haber sido solicitada ni se practica la inscripción parcial por no ser aplicable ninguno de los supuestos del artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil. Y de conformidad con el artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil extendido la presente en Madrid a 4 de abril de 1990.—Firma ilegible con rúbrica.—Hay un sello redondo en tinta del Registro Mercantil de Madrid. Subsana los defectos 1, 3 y 4, fue presentada nuevamente la escritura en el citado Registro, y fue objeto de la siguiente nota de calificación: Inscrito el precedente documento en el Registro Mercantil de Madrid, tomo 161 general, 151 de la sección 3.ª del Libro de Sociedades, folio 149, hoja número 4.177, inscripción 57.ª, junto con escritura otorgada ante el mismo Notario el 26 de enero de 1990, número 224; y otra otorgada el 18 de abril de 1990, número 1177, por la que se subsanan los defectos 1, 3 y 4 a que se refiere la precedente nota; no practicándose la inscripción del documento de registrar con cargo a la cuenta de prima de emisión por no cumplimentarse el defecto a que se refiere el apartado 2.º de la nota; ni del acuerdo de aumento y modificación del artículo 5.º, ya que ha de acompañarse la ejecución del mismo. Madrid, 10 de mayo de 1990.—El Registrador: Firma ilegible con rúbrica.—Hay un sello redondo en tinta del Registro Mercantil de Madrid.

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: A. En cuanto a la ampliación de capital con cargo de la cuenta prima de emisión. 1.º Que de los artículos 157.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 168.4 del Reglamento del Registro Mercantil resulta una vinculación o lazo entre la preexistencia en el patrimonio social de los beneficios o reservas y el balance que sirve de base a la operación, que contenga expresión contable de tal preexistencia. 2.º Que el legislador persigue asegurar que a la cuenta de pasivo (en el caso, la de prima de emisión) corresponde una efectiva y real nutrición del activo patrimonial de la sociedad y, que dicha correspondencia no resulta desvirtuada por otros asientos o partidas del activo o pasivo. 3.º Que en la operación formalizada y calificada resulta imposible que, como base o presupuesto sea utilizado un balance en el que aparezca la cuenta de prima de emisión, por la sencilla razón de que no podía existir antes del día de la celebración de la Junta, pues es en ese momento en el que aparece la prima por su real desembolso. Ello justifica la alegación transcrita formulada en la Cláusula Segunda, apartado D) de la escritura calificada. 4.º Que la realidad de la existencia en el activo del patrimonio social de la aportación dineraria realizada en concepto de prima de emisión, satisface cumplidamente la finalidad perseguida por los preceptos legales y reglamentarios citados en el fundamento primero. 5.º Que, por último, hay que señalar que la nota de calificación incurre en el defecto de omitir la expresión en forma razonada del defecto observado, con infracción del artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil. B. En lo referente al acuerdo de ampliación de capital. Que la nota de calificación impugnada no ha tomado en consideración lo que resulta del título, en relación con dicho acuerdo, del que se ocupa la cláusula dispositiva tercera, con infracción de los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador acordó mantener la calificación en todos sus extremos, e informó: Que la ampliación de capital con cargo a la cuenta de prima de emisión, se inscribió el 22 de febrero de 1990, junto con el balance de 31 de diciembre de 1989. A) En cuanto a la ampliación de capital con cargo a la cuenta de prima de emisión: 1.º Que se reitera la norma contenida en el artículo 157 del Texto Refundido de la Ley, precepto en el que no hay distinción alguna de supuestos especiales y, por tanto, es aplicable a cualquier documento de capital que se realice conforme alguna de las formas que el mismo señala. De acuerdo con los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil y el conocido principio «*inclaris non fit interpretatio*» no cabe otra solución que exigir el balance a que hace mención el citado artículo 157. 2.º Que el 15 de enero de 1990 se acordó un aumento de capital con una prima de emisión

que fue ejecutado el 26 de enero de 1990 mediante su suscripción y pago íntegro de la prima de un nuevo accionista, por lo que, el hecho de que la entrada en la caja social de la prima de emisión se haya producido en el mismo momento que se ha acordado un subsiguiente aumento de capital con cargo a aquélla, no impide que la existencia y el ingreso de la prima de emisión haya tenido un reflejo contable y, por tanto, en ese momento y antes del aumento posterior se podría haber cumplido con la exigencia contenida en el artículo 157. Que lo que se puso en duda en la nota de calificación fue la apertura contablemente en el balance de la sociedad de una partida destinada a la citada prima, como señala el artículo 175 de la Ley. 3.º Que del tenor literal del artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil, no se observa haberse omitido alguno de los requisitos que exige tal precepto. B) En lo referente al acuerdo de ampliación de capital: Que lo que el Registrador debe hacer es cumplir con el artículo 62 del Reglamento del Registro Mercantil y la constancia en el título de que *era un acto no inscribible no exonera al Registrador de hacerlo constar.*

REPLICA

234

El Notario recurrente se alzó a efectos meramente doctrinales contra el citado acuerdo, manteniéndose en todas sus alegaciones, y añadió: A) Cuestión del Balance base de la ampliación con cargo a prima de emisión: 1.º Que la exigencia legal del artículo 157.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es de imposible cumplimiento si en ninguna fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de ampliación de capital hubiera podido cerrarse un balance en el que aparezca una cuenta de prima de emisión, o la cuenta de prima de emisión con cargo a la cual sea contravalor de la ampliación de capital. 2.º Que carece de sentido que «sirva de base» (artículo 157.2 citado) a una operación de ampliación de capital en la que la contrapartida del aumento sea el cargo a una cuenta de prima de emisión, un balance en el que no aparece ni puede aparecer la cuenta de prima de emisión. 3.º Que en el caso que se contempla, la prima de emisión se desembolsa, el mismo día en el que se acuerda y ejecuta la ampliación de capital con cargo a ella. La cuenta de prima de emisión se abre y se cierra ese mismo día. 4.º Que la contabilidad expresa «operaciones» (artículo 25.1 del Código de Comercio) para permitir su conocimiento cronológico. La operación de aumento de capital es compleja y puede decirse que sólo hay ampliación de capital con la ejecución total de la operación (artículo 162 de la Ley de Sociedades Anónimas). Precisamente el desembolso de la prima debe realizarse íntegramente, en el momento de la suscripción; y la contrapartida contable del ingreso en caja del importe del desembolso o de la aportación dineraria es doble: por una parte en cuanto al nominal y por otra en cuanto a la prima de emisión. 5.º Que la interpretación armónica de los artículos 151.2 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas determina que el balance que debe servir de base a la operación debe reflejar la cuenta de prima de emisión como justificación de

que figura en el patrimonio social (en el activo) la contrapartida efectiva de la cuenta de prima de emisión; la imposibilidad de cumplimiento excusa la contemplación del balance y la omisión del requisito formal se justifica por la concurrencia acreditada del requisito material. 6.º Que si fuera necesaria la contemplación de un balance, aunque no apareciera en él la cuenta de prima de emisión valen las siguientes reflexiones: a) Se trataría de un requisito meramente formulario, que sustantivamente no podría servir de base a la operación por carecer el balance de toda conexión con ella, por no resultar reflejada en el mismo la cuenta de prima de emisión; y b) Sería un requisito del acuerdo (artículo 157.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) y un requisito de la escritura (artículo 168.4 del Reglamento del Registro Mercantil), con lo que el defecto debería haberse calificado de insubsanable; y 7.º Que la solución dada por el señor Registrador al admitir la inscripción de un acuerdo, a su juicio, ilegal y de una escritura incompleta es prueba de la falta de solidez de sus criterios. B) Cuestión del acuerdo de ampliación de capital no ejecutado: Que no procede la inscripción porque el acuerdo formalizado no es inscribible.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 38, 40, 47.1, 151 y 157 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

235

1. En el presente recurso, en lo que tiene de interés doctrinal, se debate en torno a la inscripción de un acuerdo de aumento del capital social realizado con cargo a la prima de emisión de acciones correspondientes a un anterior acuerdo de ampliación (acuerdo que se documenta precisamente ante el mismo Notario autorizante del título ahora calificado y bajo el número de protocolo anterior y cuya suscripción y abono se contiene también en el título que ahora se califica), inscripción que es suspendida por el Registrador al no acompañarse el balance prevenido en el artículo 157-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Son principios básico del régimen jurídico de la sociedad anónima, el de imposibilidad de creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (artículo 47-1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) y el de exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de esas aportaciones (artículos 38, 40, etc.), como requisito previo para la inscripción. Estos principios se traducen, en las hipótesis de ampliación de capital social con cargo a reservas, en la necesidad de adecuada justificación de la efectiva existencia en el patrimonio social de esos beneficios no distribuidos y disponibles para el aumento, justificación que según el legislador deberá consistir en un balance debidamente verificado, y aprobado con una determinada antelación máxima (artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas).

3. No se pone en tela de juicio la realidad del desembolso de la prima de emisión con cargo a la cual se efectuará la ampliación del capital; sin

embargo no basta justificar este extremo; es necesario acreditar, además, que en el balance de la sociedad, el importe de esa prima pasará a integrarse efectivamente en el conjunto de reservas al que se refieren los artículos 151 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas; esto es, que como consecuencia de su desembolso, el valor del patrimonio neto contable excederá de la cifra de capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida, en una cantidad igual al menos al importe de la ampliación que ahora se pretende. Como el mismo recurrente afirma, «ha de acreditarse no sólo que a la partida de pasivo denominada “prima de emisión” corresponde una efectiva aportación patrimonial de la sociedad, sino, además, que dicha correspondencia no resulte desvirtuada por otras partidas del activo o del pasivo».

4. Para apreciar esta segunda correspondencia es imprescindible acompañar el balance prevenido en el párrafo 2.º del artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas; si bien lleva razón el recurrente al alegar que le era imposible presentar uno en el que ya resultase contabilizada la prima de emisión, por haberse efectuado su desembolso en el mismo acto en que se acuerda y ejecuta la ampliación a su cargo, ello no le facultaba para no aportar ninguno; en todo caso —máxime si se tiene en cuenta la proximidad temporal de las dos ampliaciones en cuestión— pudo y debió acompañar uno que, aunque no recogiera aún esa prima, reuniera, al menos, los requisitos del artículo 157-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas pues ello en unión de la indubitada acreditación del desembolso de la prima permitiría apreciar su efectiva integración en el concepto de reservas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acuerdo y la nota impugnados.”

SUPUESTO DE HECHO

La Junta General de la Sociedad JOTSA en su reunión de 26 de enero de 1990, reconoce la suscripción y desembolso de una ampliación de capital anteriormente acordada, y en su prima de emisión.

Simultáneamente al reconocimiento del desembolso de la prima, se acuerda su conversión en capital adjudicándose las nuevas acciones a los accionistas.

Dado el carácter simultáneo del reconocimiento del desembolso de la prima, y de su conversión en capital, así como la justificación suficiente de su incorporación al patrimonio

social, la cuestión que se suscita entre el Notario, y el Registrador, es la necesidad o irrelevancia del requisito del balance del art. 157-2 de la L.S.A., exigido para el caso de ampliación de capital con cargo a reservas.

Para el Notario, la interpretación conjunta de los arts. 151 y 157 2 T.R., excluye en esta especial hipótesis la necesidad del balance exigido por este último precepto:

— La finalidad del balance es justificar patrimonialmente la existencia de las reservas que se incorporan al capital en el momento del acuerdo.

— Esta exigencia formal queda sustituida por otra real o material, el incremento patrimonial derivado del propio desembolso de la prima con su simultánea incorporación al capital, desembolso debidamente justificado.

Para el Registrador la ley no distingue, y dado que la prima de emisión tiene un reflejo contable con el carácter de reserva, aunque sea instantáneo, se puede y debe cumplir la exigencia del art. 157 T.R.

La Dirección General, en base a los principios de realidad y efectividad del capital social (considerando 2.º primer inciso) declara necesario en el caso de la ampliación de capital con cargo a reservas, la justificación de la existencia efectiva de las mismas, mediante el balance verificado y debidamente aprobado (157) (considerando 2.º segundo inciso).

Sin embargo la cuestión se enturbia debido a la divergencia entre el procedimiento ordinario de generación de reservas y su conversión en capital, y el supuesto específico objeto del recurso.

COMENTARIO

El art. 151 T.R. admite dos modalidades de ampliación de capital.

— Aquéllas que suponen un incremento del patrimonio social: nuevas aportaciones, dinerarias o no dinerarias al patrimonio social.

— Aquéllas que no suponen un incremento del patrimonio social, sino una mera modificación de su composición, de carácter contable y jurídico: Conversión de créditos en capital, o transformación de reservas o beneficios.

La formación del patrimonio correspondiente al capital debe ser analizada en cada caso, en función de su naturaleza.

Cuando el contravalor del capital, es una nueva aportación al patrimonio social, existe un incremento del activo social y correspondientemente del patrimonio neto de la sociedad en esa cifra. El incremento del activo debe ser acreditado mediante la justificación del desembolso, es decir, las nuevas incorporaciones al patrimonio social.

Cuando el contravalor del capital, consiste en la conversión de unos créditos, no hay nueva aportación al patrimonio social ni incremento del activo. Hay una mera reducción del pasivo ajeno, y el correspondiente incremento del patrimonio neto de la sociedad en esa cifra. En esta segunda hipótesis deberá justificarse la reducción del pasivo ajeno, en el momento del desembolso, la realidad de la existencia de los créditos que se convierten en capital.

238

Finalmente, y a diferencia de los supuestos anteriores, cuando el contravalor del capital, consiste en las reservas sociales, no existe ni incremento del activo, ni reducción de pasivo ajeno, ni incremento del patrimonio neto.

En este caso, la ampliación de capital es una mera modificación contable y jurídica de la composición patrimonio neto de la Sociedad que se mantiene inalterado.

Tan sólo se reducen el valor de las reservas, que pasan a incrementar la cifra de capital en esa misma proporción.

En este último caso, deberá ser justificada la existencia de esa correspondiente fracción del patrimonio neto, que asume el destino propio del capital social.

Hecho este inciso, y volviendo al supuesto de hecho, la Dirección General crea en el considerando 3.º un jeroglífico que resuelve desde una posición dogmática.

Después de entender debidamente justificado el incremento

del patrimonio derivado del desembolso de la prima, declara que “es necesario acreditar, que ésta pasará a integrarse efectivamente en el conjunto de las reservas a que se refieren los arts. 151 y 157 de la L.S.A.”, “esto es, que como consecuencia de su desembolso, el valor del patrimonio neto contable *excederá* de la cifra del capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida, en una cantidad igual al menos al importe de la ampliación que ahora se pretende”.

Para acabar afirmando, que ha de acreditarse que la prima de emisión “corresponde a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad” y que además “dicha correspondencia no resulta desvirtuada por otras partidas del activo o del pasivo”.

Tras estas declaraciones, concluye exigiendo el discutido balance.

La Dirección General apoya su decisión en dos consideraciones:

1.^a La prima de emisión constituye una aportación patrimonial a la sociedad que debe justificarse oportunamente.

2.^a La prima constituye una reserva: si se desea incorporar al capital debe acreditarse su existencia y realidad como tal reserva.

Estas declaraciones merecen alguna reflexión.

La prima constituye una aportación suplementaria al patrimonio social; no es capital social ni forma parte del mismo.

En hipótesis general, pasa a constituir un reforzamiento o defensa del capital social; una reserva.

La Ley de Sociedades Anónimas siguiendo a la directiva, introduce una serie de controles de formación y existencia del capital, y de formación y existencia del patrimonio social.

La formación del capital social, se garantiza frente a acreedores y demás accionistas mediante el control externo de las aportaciones. (Art. 38, y ss. 156, 157 y ss.)

La formación del patrimonio social, se garantiza por la vía contable de regulación del balance y cuenta de pérdidas y ganancias, así como con el control e información de la gestión social. (Art. 171 y ss.)

Los controles son diferentes en ambas hipótesis.

Así como en la formación del capital *existe en todo caso un control externo* (acreditación notarial del desembolso dinerario, informe de expertos independientes, o auditores, verificación de balances) en la formación del patrimonio, tan sólo existe el control externo cuando la sociedad se sitúa por encima de determinados volúmenes de patrimonio, o de cifra de negocio (art. 203, 181), que hacen obligatoria la auditoría.

Si la prima en hipótesis general, no constituye capital, y así lo reconoce la Dirección General, parecen por lo menos cuestionables en su desembolso, los requisitos de control predichos por la Ley para la formación del capital.

Por otro lado, si la prima como dice la Dirección General constituye una reserva, la incorporación de esta reserva al capital, se hallará sujeta en su momento, al control predicado por la Ley para esta modalidad de desembolso, ordenado en el art. 157 T.R.

240

Lo que parece superfluo, es exigir en esta especial hipótesis un doble control:

Un primer control de formación de patrimonio, exigible a la formación de capital cuando con la aportación de la prima no se trate del desembolso de capital, sino de una reserva en términos de la Dirección General.

Un segundo control de existencia de un patrimonio neto positivo consistente en las reservas susceptibles de incorporación al capital por la cifra de la ampliación.

La Ley en cuanto a formación de capital tan sólo pide el segundo control, y podría haberse prescindido del primero en aras al principio de economía jurídica, ya que los intereses de los accionistas y acreedores en la formación del capital queda suficientemente garantizado con el segundo.

Sin embargo desde el punto de vista de la realidad jurídica subyacente al supuesto de hecho, resulta contradictorio, que la aportación dineraria de la prima, debidamente justificada sea apta para la formación del capital, y que sin embargo la misma

aportación, que pasa con un carácter meramente contable, en un instante, a través de la cuenta intermedia “prima de emisión”, pueda quedar desvirtuada y no sea apta para la formación del capital.

El incremento del patrimonio social que corresponde al capital ampliado, es el mismo en uno y en otro caso, y se mire como se mire ha quedado suficientemente justificado; y es que quizás no se trate tanto de una ampliación con cargo a reservas en que no existe modificación patrimonial alguna como antes se apuntaba, sino de una ampliación en que existe incremento del patrimonio social, que consiste en la aportación de la prima.

La Dirección General no parece entenderlo así y la cuestión que en el fondo plantea pero que no fundamenta, cuando señala que la prima no ha de quedar desvirtuada por otras partidas del activo o del pasivo y ha de quedar definitivamente incorporada a las reservas, es la de la compensación automáticamente de las pérdidas anteriores, con las reservas, y que desde luego rebasa el examen de estas notas.

Pero es que la prima de emisión en la hipótesis examinada, tampoco se incorpora definitivamente en las reservas como pide la Dirección General: Se incorpora definitivamente en el capital.

El derecho de suscripción preferente puede ser sustituido por una prima de emisión. En este caso, el exceso de valor de las acciones sobre el nominal no se paga por los nuevos socios a los antiguos fuera de la sociedad, sino que aportado a la sociedad como prima, queda incorporado al patrimonio social y la entrega de su valor a los accionistas se materializará por la vía de acciones liberadas.

En esta especial hipótesis no se trata por tanto de la definitiva incorporación de la prima a la reserva, como dice la Dirección General, sino de la incorporación de la prima al capital, pasando por la cuenta intermedia de prima de emisión como medio de atribución de su valor a los accionistas.

No se trata por tanto de la modalidad de ampliación de

capital con cargo a reservas sin incremento del patrimonio, sino de una ampliación de capital con aportación dineraria exterior que incrementa el patrimonio social y se incorpora al capital mediante la prima como medio de atribución de su valor, a los accionistas.

Parece por tanto que justificado el incremento patrimonial derivado de la aportación, y su incorporación al patrimonio debería haber sido suficiente la justificación de la aportación en los términos planteados por el Notario, y que en esta especial hipótesis la existencia del balance no es exigible por no tratarse de una ampliación de capital con cargo a reservas.

Juan Ignacio Gomeza Villa
Notario

LA CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD; EL OBJETO SOCIAL Y LAS FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES

(Ress. 22 julio y 10 septiembre 1991)

RESOLUCION de 22 de julio de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José María de Prada González, contra la negativa del Registrador Mercantil a inscribir determinadas cláusulas de una escritura de constitución de Sociedad anónima (BOE 5 septiembre).

“En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José María de Prada González, contra la negativa del Registrador mercantil de Madrid a inscribir determinadas cláusulas de una escritura de constitución de Sociedad anónima.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 25 de octubre de 1990, ante el Notario de Madrid don José María de Prada González, se otorgó escritura de constitución de la Sociedad «Mapfre Riesgos Industriales, Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima». En los Estatutos de dicha Sociedad se establece:

Artículo 1.º Con la denominación «Mapfre Riesgos Industriales, Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima», se constituye una Sociedad que se rige por estos Estatutos, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, y demás disposiciones que le sean aplicables. La Sociedad tiene plena capacidad jurídica y de obrar, y puede adquirir, poseer y enajenar por cualquier título toda clase de bienes, derechos y valores, así como participar en la constitución de todo tipo de

sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo, en cada caso, del órgano social que corresponda.

Art. 2.º Tiene por objeto social exclusivo la práctica de operaciones de seguro y reaseguro relativas a todos los ramos y modalidades de cobertura de riesgos autorizados por la legislación vigente, excepto el ramo de vida, así como otras actividades complementarias, accesorias o relacionadas con aquéllas, en cuanto sean permitidas por la legislación de seguros. El objeto social podrá desarrollarse parcialmente, si así lo decidiesen los administradores, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto social idéntico o análogo.

Art. 15. La administración, dirección y representación de la Sociedad se confía a dos administradores solidarios designados por la Junta general, con plenas facultades de representación, administración y disposición, obligando a la Sociedad, sin más limitación que las atribuciones que corresponden de modo expreso a la Junta general de accionistas. En especial, tienen facultad para *decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de otras sociedades mercantiles, en España o en el extranjero cualquiera que sean su objeto social y la participación que vaya a tener en ellas la Sociedad.* No obstante, los actos de disposición sobre derechos reales requerirán la actuación mancomunada de ambos administradores.

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada con la siguiente nota:

Inscrito el precedente documento en el Registro Mercantil de Madrid, tomo 328 general, de la sección del libro de Sociedades, folio 68, hoja número M-6512, inscripción 1.ª: «Teniendo en cuenta el consentimiento de los otorgantes del punto quinto del otorgamiento, y conforme al artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil, se excluye de la inscripción: Del artículo 1.º de los Estatutos sociales, a partir de las palabras “así como...”, y del artículo 15, “su objeto social y”, dado el carácter de exclusividad del objeto social (por exigencias legales que recogen los mismos Estatutos en su artículo 2.º), y se *reconocen alcance meramente interno al párrafo segundo del artículo 15 de los Estatutos sociales (artículos 129 de la Ley de Sociedades Anónimas 124, 2, b, Reglamento del Registro Mercantil).*»

Madrid, 25 de septiembre de 1990. El Registrador, firmado, Manuel González-Meneses Robles.»

Vuelto a presentar el referido documento en el Registro citado, solicitando la inscripción de las cláusulas excluidas, fue objeto de la siguiente calificación: Presentada nuevamente, solicitando la inscripción de las cláusulas excluidas a que se refiere mi nota anterior, se reitera la suspensión de las mismas y se mantiene la observación al párrafo segundo del artículo 15 de los Estatutos sociales, esto es:

1.º Las cláusulas o párrafos cuya inscripción se suspenden son: Del artículo 1.º, «así como participar en la constitución de todo tipo de sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo en cada caso del órgano social que corresponda», y del artículo 15, «su objeto social». (Legislación especial de ordenación del Seguro Privado y artículo 2.º de los Estatutos).

2.º Se reconoce alcance meramente interno al párrafo segundo del artículo 15 de los Estatutos (artículos 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124, 2, b, Reglamento del Registro Mercantil).

Madrid, 30 de octubre de 1990. El Registrador mercantil, número 1 de Madrid, firmado, Manuel González-Meneses Robles.

ARGUMENTACION DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó:

Que la nota del Registrador no se ajusta a los términos que exige el artículo 62, número 3, del vigente Reglamento del Registro Mercantil, y deja al recurrente en la indefensión de no poder saber cuál es el funcionamiento de la decisión del Registrador y cuáles son los argumentos que tiene que combatir.

Que el artículo 1.º de los Estatutos recoge una afirmación de carácter general, que la Sociedad tiene plena capacidad jurídica y de obrar, y, en consecuencia con ello, tiene plena posibilidad de realizar toda clase de actos jurídicos. Esta cláusula puede ser innecesaria, pero nada impide que los socios quieran incluirla y la hagan constar en sus Estatutos, y para poder negarles el derecho a hacerlo así, debería el Registrador haber determinado qué artículo concreto de nuestra legislación impide utilizar la misma o en qué doctrina legal se basa.

Que es doctrina casi unánime entre los autores españoles que en nuestro Derecho rige en materia de personas jurídicas el principio de capacidad general, que se basa en lo dispuesto en el artículo 38 del Código Civil.

Que la anterior tesis viene ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (sentencias de 5 de noviembre de 1959; 6 y 14 de abril de 1984; 6 de diciembre de 1985, y 24 de noviembre de 1989, y Resoluciones de 24 de febrero de 1923; 1 de julio de 1976, y 2 de octubre de 1981).

Que se considera que la calificación del Registrador puede provenir de confundir entre actividades de la Sociedad u objeto social y actos concretos de la misma.

Que tampoco impide la calificación de la capacidad general de la Sociedad, el hecho de que ésta tenga un objeto específico de compañía de Seguros, pues, como se ha dicho, no cabe confundir dicha capacidad general con la limitación a la actividad concreta que por su carácter de Sociedad de Seguros tiene la Sociedad.

Que además, la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de

1984, y su Reglamento, de 1 de agosto de 1985, no prohíbe ni puede deducirse una prohibición implícita de que las Sociedades de Seguros participen en la constitución de otras sociedades, y existen referencias de lo dicho en el contenido de los artículos 24.2 de la Ley Orgánica del Seguro Privado, y de las disposiciones reglamentarias números 21, 5, c); 64, 2; 70, 1; 72, y 73, artículos 43, 44 y 45 del mismo Reglamento y la Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» número 218, de 11 de septiembre).

Que, por tanto, carece de fundamento la tesis de que la prohibición de realizar actividades o responsabilidades distintas de las aseguradoras impide que una Entidad de seguros participe en otras sociedades.

Que los mismos argumentos que se han empleado con anterioridad son también suficientes para solicitar la inscripción en el artículo 15 de la frase «cualquiera que sea su objeto social», y en este punto hay que añadir que es muy amplia la doctrina de la Dirección General, que permite conceder a los administradores facultades que exceden del objeto social, así, cabe citar las Resoluciones de 4 de abril de 1980, y 6 de septiembre de 1982.

Que el segundo punto de la nota del Registrador se refiere al 2.º párrafo del artículo 15 de los Estatutos sociales, y se considera que de lo que dicen literalmente los preceptos citados en la nota, se deduce la inscribibilidad de dicha cláusula y el hecho de que tenga carácter interno no impide que se haga constar en los Estatutos.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos, y añadió:

Que se considera que ha cumplido el artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

Que en el tema de fondo del recurso, la posible limitación de la capacidad, por razón del objeto social, en la escritura calificada se pueden distinguir dos extremos claramente diferenciados:

- a) Capacidad de la Sociedad (artículo 1.º de los Estatutos).
- b) Facultades de los administradores (artículo 15 de los Estatutos).

Que la mayoría de la doctrina acepta el principio de que la capacidad de las personas jurídicas no se encuentra limitada por el fin o por el objeto social, y en la misma línea aperturista se manifiesta tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que tanto uno y otra han llegado a admitir la ampliación de las facultades de los administradores mediante la atribución de algunas que, por vía de interpretación de las cláusulas del contrato, puedan ampliar la cláusula del objeto social. En este punto es de destacar la Resolución de 16 de marzo de 1990.

Que la referida capacidad general de la Sociedad puede venir delimitada por la Ley, tal como sucede en el Derecho alemán, y a la misma consideración

podemos llegar en nuestro Derecho positivo, en aquellos tipos de sociedades que, como las de Seguros y Reaseguros, objeto de este recurso, están sometidas a un fuerte control administrativo y a una legislación especial, como ha puesto de manifiesto la Resolución de 5 de noviembre de 1956.

Que este criterio puede verse reflejado en la Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea, en su artículo 9.º, que ha inspirado la redacción del artículo 129 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Que, a la vista de la legislación especial de Seguros, se considera que pueden existir restricciones legales a la capacidad general de las Sociedades de Seguros y Reaseguros, desde el momento que dichas normas parten de la exclusión del objeto social, como se pone de manifiesto en los artículos 3, 8 y 37.1 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, y 5.1, c), 18 y 113.1 de su Reglamento.

Que, conforme lo establecido en el artículo 2.º de los Estatutos sociales (plenamente respetuoso con los artículos 3.1, c, de la Ley citada, y 5.1, c, del Reglamento y 117-4 del Reglamento del Registro Mercantil), hay que reconocer que los artículos 1.º y 15 de los Estatutos están en abierta contradicción con los demás artículos citados.

Que, de la Ley y Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, se deduce que la ampliación de las sociedades de Seguro no puede quedar a solo arbitrio de sus órganos sociales, sino que está subordinada a las autorizaciones administrativas correspondientes. Y esto podría burlarse al aplicar literalmente la parte de los Estatutos que se ha impedido la inscripción.

Que no puede calificarse de acto jurídico singular lo contenido en los artículos 1.º y 15 de los Estatutos sociales.

Que, en cuanto a otras actividades que puedan ser autorizadas por el Ministerio correspondiente, tendrá que ser de poca importancia y poco frecuente, en otro caso obligaría a cambiar o ampliar el objeto social de la Entidad, infringiendo el artículo 18 del Reglamento; su autorización debe ser algo excepcional, porque esas operaciones son prohibidas, y si tiene relación con la actividad aseguradora se deben encauzar por el artículo 3.º, en cuyo caso no se necesita autorización administrativa, y, por último, para conceder la autorización es preciso que no se ponga en peligro la solvencia de la Entidad aseguradora, según el artículo 5.º, número 2 del Reglamento.

Que, en cuanto a las facultades concedidas a los administradores en el artículo 15 de los Estatutos, sirven todos los argumentos y razonamientos hechos en relación con la capacidad de la Sociedad.

Que, en cuando a los terceros de buena fe, hay que tener en cuenta la doctrina de la Primera Directiva de la CEE, que ha inspirado la redacción del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, la delimitación de la capacidad de la Sociedad o de las facultades de los administradores, no se basan solamente en los Estatutos, sino en la existencia de disposiciones legales, y, por tanto, en virtud del artículo 6.º, 1, del Código Civil, que se ha de poner en relación con el artículo 9.º, 1, de la Directiva citada.

Que, en cuanto a la participación en la constitución de otras sociedades,

que puede estar permitida en nuestra legislación, a fin de desarrollar el mercado de valores, hay que apuntar lo declarado en la Resolución de 21 de mayo de 1986, que no hace otra cosa que adelantarse al artículo 117, 4, del nuevo Reglamento Mercantil, y esa determinación de actividades es también exigencia del artículo 9.º, b, de la Ley de Sociedades Anónimas.

Que, en cuanto al segundo punto de la nota de calificación, hay que hacer una observación en base a los artículos 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124.2, b), del Reglamento del Registro Mercantil, que es reconocer alcance meramente interno a la disposición estatutaria del artículo 15, párrafo segundo, pero no se suspende o excluye su acceso al Registro, y ello «a sensu contrario» de lo dispuesto en el número 1 del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas.

REPLICA

El Notario recurrente se alzó en contra del anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió:

Que las Sociedades de Seguros en el desarrollo de sus actividades, más que a un régimen de autorizaciones a lo que están sometidas es a un riguroso control a posteriori, y a un sistema de sanciones, que en ningún momento alcanzan a la nulidad de los actos, sino a la obligación de corregirlos (artículos 22 y siguientes de la Ley 33/1984, y artículos 55 y siguientes del Real Decreto-ley 348/1985).

Que, en la legislación de Seguros, ni existe precepto alguno que limite la capacidad general de estas Sociedades, ni lo impone la necesidad de obtención para ningún acto concreto de autorización administrativa alguna.

Que una cosa es las actividades que puede realizar una Sociedad de Seguros, y otra, muy distinta, los actos que puede llevar a cabo ésta y una tercera, si para alguno de estos actos o para alguna de aquellas actividades, precisa autorizaciones administrativas correspondientes. Estos problemas se mueven entre campos distintos. Se considera que el error de la calificación del Registrador deriva del hecho de entender que, al constituir una Sociedad, la Entidad que la constituye está realizando las actividades que la Sociedad constituida lleva a cabo, lo que implica una confusión sobre el concepto de personalidad jurídica.

Que, en cuanto al segundo defecto de la nota, si la cláusula está inscrita, ésta producirá los efectos que a la publicidad del Registro concede nuestra legislación.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistas las Resoluciones de 24 de febrero de 1923; 2 de febrero de 1966; 1 de julio de 1976; 2 de octubre de 1981; 18 de mayo de 1986, y 16 de marzo de 1990.

1. Constituida una Sociedad anónima, que «tiene por objeto social exclusivo la práctica de operaciones de seguro y reaseguro relativas a todos los ramos y modalidades de cobertura de riesgos autorizados por la legislación vigente, excepto el ramo de vida, así como otras actividades complementarias, accesorias o relacionadas con aquéllas, en cuanto sean permitidas por la legislación de seguro», debe decidirse en este recurso sobre la inscripción de determinadas cláusulas de sus estatutos en las que se establece, respectivamente, «que la sociedad puede participar en la constitución de todo tipo de sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo en cada caso del órgano social que corresponda» (artículo 1.º), y «que sus administradores tienen facultad para decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de otras Sociedades mercantiles... cualesquiera que sea su objeto social...» (artículo 15).

2. Si la Sociedad anónima tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho (vid. artículos 38 del Código Civil, 116, 2.º, del Código de Comercio, y 129, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas), careciendo el objeto social de virtualidad limitadora de la misma, debe reconocerse que la enunciación detallada en los estatutos de los actos concretos que, al amparo de esa capacidad general, puede realizar la Sociedad resulta en todo caso innecesaria, y, en algunos, como en el ahora debatido, inconveniente; señalar que la Sociedad, en tanto que persona jurídica puede dedicar, «de modo indirecto» (cfr. artículo 117-4 del Reglamento del Registro Mercantil) todo o parte de su patrimonio a cualquier ámbito de actividad lucrativa cuando inmediatamente después se define un ámbito más específico como el objeto propio de la misma, sino puede afirmarse que pone en entredicho esta delimitación posterior del objeto social, cuando menos, oscurece y enturbia el significado jurídico que le corresponde, y esta ambigüedad es aún más patente si se conecta con las facultades específicas que luego se confieren al órgano de gestión. Por ello, teniendo en cuenta las exigencias de claridad y precisión con que ha de hacerse constar el objeto social (cfr. artículos 9.º, a), y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 117, 1, del Reglamento del Registro Mercantil), y que, en general, han de guiar la redacción de los estatutos, en función de su cometido rector de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, y de su eficacia frente a terceros que no intervienen en su formación, procede confirmar la no inscripción de la especificación contenida en el artículo 1.º de los Estatutos que es objeto de debate.

3. En cuanto al inciso del artículo 15 de los Estatutos, que también es objeto de debate, debe partirse de una consideración esencial, cual es la exigencia de una precisa determinación del objeto social y la consiguiente exclusión de aquellas cláusulas estatutarias que menoscaban la delimitación del ámbito de actuación que aquél implica o enturbien su específica, y así resulta tanto del mandato legal contenido en el artículo 9.º, letra b), del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, como de la trascendencia misma que el objeto social reviste, así en la relación interna de los socios y la Sociedad, como en las que ésta establezca con terceros, y aunque en este

plano externo su alcance quede ostensiblemente reducido a tenor del nuevo artículo 129, 2.º, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, no por ello queda totalmente eliminado (piénsese en la hipótesis de actuación extralimitada indubitadamente conocida por el tercero). Por otra parte, si uno de los efectos que la Ley anuda al objeto social, en armonía con su finalidad delimitadora del ámbito económico en el que ha de desenvolverse la Sociedad, es la definición de la extensión del poder de representación que corresponde al órgano gestor (artículo 129, 1.º del texto refundido de la Ley de Sociedad Anónimas), dos consecuencias resultan inequívocas:

a) Por una parte, la no necesidad de una adicional y coincidente definición estatutaria de ese poder representativo, mediante la enumeración pormenorizada de las facultades que lo integran (en este sentido se ha pronunciado ya este Centro directivo en Resolución de 16 de marzo de 1990).

b) Por otra, la incertidumbre que se produce cuando en esa enumeración se incluyen facultades, que entendidas en términos absolutos desbordarían claramente el objeto social, pues tanto podría entenderse que esta atribución suplementaria revela una ampliación indirecta de aquél, con todas las consecuencias que ello llevaría consigo (lo mismo respecto de los socios que respecto de los terceros), como que la finalidad perseguida es exclusivamente la mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de actividad propio de la Sociedad, lo que —sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 129, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas— sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad, y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores, pero sin comprometer en modo alguno la delimitación del objeto previamente efectuada, ni su específica significación jurídica como *definidor del vínculo que liga al socio con la sociedad* (vid. artículos 147 y 260, 3.º, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), y consiguientemente, como obstativo del empleo abusivo y reiterado de la facultad suplementaria. Esta indeterminación, en claro contraste con las exigencias de una correcta técnica estatutaria (que imponen la precisa delimitación del objeto social en la cláusula a tal fin destinada), así como con las de claridad y fijeza tanto en el contenido normativo de los Estatutos sociales, como en el de los pronunciamientos registrales (en aras de la inequívoca delimitación de la posición jurídica que al socio corresponde en la sociedad), justifica, por tanto, el rechazo registral a la atribución de esas facultades adicionales si no se especifica de modo inequívoco su limitada significación la que, en todo caso, deberá respetar los márgenes que a la autonomía de la voluntad se fijan en materia de sociedades.

4. Ciertamente, ha de reconocerse que la suscripción o posterior adquisición por una Sociedad anónima de acciones o participaciones sociales de una Entidad que tenga un objeto social diferente, no implica necesariamente para aquélla una *actuación ajena* a su objeto social; si bien supone la dedicación de parte del patrimonio de la Entidad a una actividad distinta de la delimitada en su objeto, diversas circunstancias (el reducido porcentaje de participación,

la relación cuantitativa entre esta participación y el total patrimonio de la sociedad partícipe, las exigencias de rentabilización de recursos excedentarios o de recursos que no pueden o no deben ser inmediatamente aplicados a la consecución de los fines propios de la Entidad) pueden hacer posible su calificación como actos complementarios, o auxiliares, pero, en definitiva, encauzados y subordinados a la consecución última del objeto social; habrá de estarse, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación del objeto social y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes. Pero, precisamente por esa ambivalencia de la facultad cuestionada, porque esta participación (inicial o sobrevenida) de la Sociedad anónima en Entidades con objeto social diferente no supone necesariamente una extralimitación respecto del de la primera, es por lo que en armonía con los anteriores considerandos ha de rechazarse la inscripción de una atribución abstracta o indiferenciada de las cuestionadas facultades a los administradores.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.”

RESOLUCION de 10 de septiembre de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por don Claudio Ramos Rodríguez en nombre de «MAPFRE, Caución y Crédito, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de adaptación de Estatutos sociales (BOE 14 octubre).

“En el recurso gubernativo interpuesto por don Claudio Ramos Rodríguez, en nombre de «MAPFRE. Caución y Crédito. Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros. Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de adaptación de Estatutos sociales.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 17 de diciembre de 1991, ante el Notario de Madrid don Antonio Uribe Sorribes, la Sociedad «MAPFRE, Caución y Crédito. Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros. Sociedad Anónima», otorgó, escritura de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados en la Junta universal de accionistas, celebrada el día 27 de junio de 1990, sobre los nuevos Estatutos sociales adaptados al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En los referidos estatutos se establece:

Artículo 1.º Con la denominación «MAPFRE. Caución y Crédito, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima», se constituye una Sociedad que se rige por estos Estatutos, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, y demás disposiciones que le sean aplicables. La Sociedad tiene plena capacidad jurídica y de obrar, y puede adquirir, poseer y enajenar por cualquier título toda clase de bienes, derechos y valores, así como participar en la constitución de todo tipo de Sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo en cada caso del órgano social que corresponda.

Art. 2.º Tiene por objeto social exclusivo la práctica de las operaciones de seguro y reaseguro relativas a los ramos de Crédito y Caución en todas sus modalidades, así como otras actividades complementarias, accesorias o relacionadas con aquéllas, en cuanto sean permitidas por la legislación de seguros. El objeto social podrá desarrollarse parcialmente, si así lo decidiese el Consejo de Administración, mediante la titularidad de acciones o participaciones en Sociedades con objeto social idéntico o análogo.

Art. 15. El Consejo de Administración es el órgano encargado de dirigir, administrar y representar a la Sociedad. Tiene plenas facultades de representación, administración y disposición y sus actos obligan a la Sociedad, sin más limitación que las atribuciones que corresponden de modo expreso a la Junta general de accionistas. En especial, tienen facultad para decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de otras Sociedades mercantiles, en España o en el extranjero, cualesquiera que sean su objeto social y la participación que vaya a tener en ellas la Sociedad. Dicta las normas para la actuación de la Comisión Directiva, fija sus facultades y designa y separa libremente a sus miembros. Puede delegar en sus miembros todas o alguna de sus facultades y otorgar poderes en favor de las personas que crea oportuno designar, con las excepciones y límites previstos en la Ley.

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Inscrito el precedente documento, en el Registro Mercantil de Madrid no inscribirse el párrafo «Sin limitación de su objeto social», dado el carácter exclusivo del objeto social y del artículo 15 el párrafo «Su objeto social y» por la posible indeterminación del objeto, artículo 117 R.R.M. por petición expresa de los otorgantes. Madrid, 26 de noviembre de 1990. El Registrador. Firmado: Manuel González-Meneses Robles.

RECURSO DE REFORMA DEL RECURRENTE

Don Claudio Ramos Rodríguez, en representación de «MAPFRE, Caución y Crédito, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que

la nota del Registrador no se ajusta a los términos que exige el artículo 62, número 3, del vigente Reglamento del Registro Mercantil, y deja al recurrente en la indefensión de no poder saber cuál es el fundamento de la decisión del Registrador y cuáles son los argumentos que tiene que combatir. Que el artículo 1.º de los Estatutos recoge una afirmación de carácter general, que la Sociedad tiene plena capacidad jurídica y de obrar, y en consecuencia con ello tiene plena posibilidad de realizar toda clase de actos jurídicos. Esta cláusula puede ser innecesaria, pero nada impide que los socios quieran incluirla y la hagan constar en sus Estatutos, y para poder negarles el derecho a hacerlo así, debería el Registrador haber determinado qué artículo concreto de nuestra legislación impide utilizar la misma o en qué doctrina legal se basa. Que es doctrina casi unánime entre los autores españoles que en nuestro Derecho rige en materia de personas jurídicas el principio de capacidad general que se basa en lo dispuesto en el artículo 38 del Código Civil. Que la anterior tesis viene ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (sentencias de 5 de noviembre de 1959, 6 y 14 de abril de 1984, 6 de diciembre de 1985 y Resoluciones de 1 de julio de 1976 y 2 de octubre de 1981). Que se considera que la calificación del Registrador puede provenir de confundir entre actividades de la Sociedad u objeto social y actos concretos de la misma. Que tampoco impide la calificación de la capacidad general de la Sociedad, el hecho que ésta tenga un objeto específico de Compañía de Seguros, pues, como se ha dicho, no cabe confundir dicha capacidad general con la limitación a la actividad concreta que por su carácter de sociedad de seguros tiene la Sociedad. Que, además, la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984 y su Reglamento, de 1 de agosto de 1985, no prohíbe ni puede deducirse una prohibición implícita de que las sociedades de seguro participen en la constitución de otras sociedades y existen referencias de lo dicho en el contenido de los artículos 24.2 de la Ley Orgánica del Seguro Privado y de las disposiciones reglamentarias números 21. 5 c), 64.2, 70.1, 72 y 73, artículos 43, 44 y 45 del mismo Reglamento y la Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» número 218, de 11 de septiembre de 1981). Que, por tanto, carece de fundamento la tesis de que la prohibición de realizar actividades o responsabilidades distintas de las aseguradoras impide que una Entidad de seguros participe en otras sociedades. Que los mismos argumentos que se han empleado con anterioridad son también suficientes para solicitar la inscripción en el artículo 15 de la frase «cualquiera que sea su objeto social» y en este punto hay que añadir que es muy amplia la doctrina de la Dirección General que permite conceder a los Administradores facultades que exceden del objeto social, así cabe citar las Resoluciones de 4 de abril de 1980, y 6 de septiembre de 1982.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos, y añadió: Que se considera que se ha cumplido el artículo 62.3 del

reglamento del Registro Mercantil. Que en el tema de fondo del recurso, la posible limitación de la capacidad por razón del objeto social en la escritura calificada se pueden distinguir dos extremos claramente diferenciados: a) Capacidad de la Sociedad (artículo 1.º de los Estatutos) y b) Facultades de los Administradores (artículo 15 de los Estatutos). Que la mayoría de la doctrina acepta el principio de que la capacidad de las personas jurídicas no se encuentra limitada por el fin o por el objeto social, y en la misma línea aperturista se manifiesta tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que tanto uno y otra han llegado a admitir la ampliación de las facultades de los Administradores mediante la atribución de algunas que, por vía de interpretación de las cláusulas del contrato, puedan ampliar la cláusula del objeto social. En este punto es de destacar la Resolución de 16 de marzo de 1990. Que la referida capacidad general de la Sociedad puede venir delimitada por la Ley, tal como sucede en el Derecho alemán, y a la misma consideración podemos llegar en nuestro Derecho positivo, en aquellos tipos de sociedades que, como las de seguros y reaseguros objeto de este recurso, están sometidas a un fuerte control administrativo y a una legislación especial como ha puesto de manifiesto la Resolución de 5 de noviembre de 1956. Que a la vista de la legislación especial de seguros se considera que pueden existir restricciones legales a la capacidad general de las sociedades de seguros y reaseguros, desde el momento que dichas normas parten de la exclusión del objeto social, como se pone de manifiesto en los artículos 3.º, 8.º y 37.1 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, y 5, 1, c), 18 y 113.1 de su Reglamento. Que conforme lo establecido en el artículo 2.º de los Estatutos sociales (*plenamente respetuoso con los artículos 3, 1, c), de la Ley citada y 5, 1, c), del Reglamento y 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil*), hay que reconocer que los artículos 1.º y 15 de los Estatutos están en abierta contradicción con los demás artículos citados. Que de la Ley y Reglamento de Ordenación del Seguro Privado se deduce que la ampliación de las actividades de las sociedades de seguro no puede quedar a solo arbitrio de sus órganos sociales, sino que está subordinada a las autorizaciones administrativas correspondientes. Y esto podría burlarse al aplicar literalmente la parte de los Estatutos que se ha impedido la inscripción. Que no puede calificarse de acto jurídico singular lo contenido en los artículos 1.º y 15 de los Estatutos sociales. Que en cuanto a otras actividades que puedan ser autorizadas por el Ministerio correspondiente, tendrá que ser de poca importancia y poco frecuente, en otro caso, obligaría a cambiar o ampliar el objeto social de la Entidad, infringiendo el artículo 18 del Reglamento; su autorización debe ser algo excepcional porque esas operaciones son prohibidas, y si tiene relación con la actividad aseguradora se deben encauzar por el artículo 3.º, en cuyo caso no se necesita autorización administrativa y por último, para conceder la autorización es preciso que no se ponga en peligro la solvencia de la Entidad aseguradora, según el artículo 5.º, número 2 del Reglamento. Que en cuanto a la participación en la constitución de otras sociedades, que puede estar permitida en nuestra legislación, a fin de desarrollar

el mercado de valores hay que apuntar lo declarado en la Resolución de 21 de mayo de 1986, que no hace otra cosa que adelantarse al artículo 117.4 del nuevo Reglamento Mercantil, y esa determinación de actividades es también exigencia del artículo 9.b de la Ley de Sociedades Anónimas. Que en cuanto a las facultades concedidas al Consejo de Administración en el artículo 15 de los Estatutos sirven todos los argumentos y razonamientos hechos en relación con la capacidad de la sociedad. Que en cuanto a los terceros de buena fe, hay que tener en cuenta la doctrina de la Primera Directiva de la CEE, que ha inspirado la redacción del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, la delimitación de la capacidad de la sociedad o de las facultades de los Administradores, no se basan solamente en los Estatutos, sino en la existencia de disposiciones legales, y, por tanto, en virtud del artículo 6.1 del Código Civil, que se ha de poner en relación con el artículo 9.1 de la Directiva citada.

REPLICA DEL RECURRENTE

El recurrente se alzó en contra del anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el problema que se plantea en este recurso no es un problema de actividad de la Sociedad, es un problema de actos concretos a realizar que derivan de la capacidad general de la Sociedad, y esta capacidad no aparece limitada ni lo ha sido nunca en nuestro Derecho, en el caso de las Sociedades de seguros subordinadas a las autorizaciones administrativas correspondientes, cuando éstas sean procedentes. Que se considera que el error de la calificación del Registrador deriva del hecho de entender que, al constituir una Sociedad, la Entidad que la constituye está realizando las actividades que la Sociedad constituida lleva a cabo. Esto lleva a una confusión sobre el concepto de personalidad jurídica. Que para defender que en las Sociedades de seguros no existe la citada capacidad general, sería preciso citar una disposición legal concreta que se la prohibiera, pero tal disposición no existe: 1.º Porque, como se ha dicho, el hecho de constituir una Sociedad no implica en ningún momento, y por sí, la realización de la actividad de la Sociedad constituida por la Sociedad constituyente. 2.º Porque, además, en las Sociedades de seguros se da una circunstancia particular, y es que realizan importantes reservas imprescindibles para la garantía que implica la actividad que desarrollan, y hay unas reservas denominadas técnicas (a las que se refiere el artículo 25 de la Ley), y otras libres, en virtud de las cuales la Sociedad de seguros tiene capacidad para adquirir valores, y tampoco existe legislación que impida a dichas Sociedades de seguros adquirir una participación mayoritaria en una Sociedad. Que, por último, debe tenerse presente que es posible y frecuente, en la práctica, que las Entidades de seguros desarrollen actividades que no precisan autorización administrativa, mediante Empresas auxiliares especializadas en materias objetivamente ajenas a la actividad aseguradora, pero que pueden contribuir de forma directa o indirecta al mejor desarrollo de aquella actividad.

Vistas las Resoluciones de 24 de febrero de 1923, 2 de febrero de 1966, 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 18 de mayo de 1986 y 16 de marzo de 1990.

1. Constituida una Sociedad anónima que «Tiene por objeto social exclusivo la práctica de operaciones de seguro y reaseguro relativas a los ramos de crédito y caución en todas sus modalidades, así como otras actividades complementarias, accesorias o relacionadas, con aquéllas, en cuanto sean permitidas por la legislación de seguros», debe decidirse, en este recurso, sobre la inscripción de determinadas cláusulas de sus estatutos en las que se establece, respectivamente, «que la Sociedad puede participar en la constitución de todo tipo de Sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo, en cada caso, del órgano social que corresponda» (artículo 1), y «Que el Consejo de Administración tiene facultad para decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de otras Sociedades mercantiles... cualesquiera que sea su objeto social...» (artículo 15).

2. Si la Sociedad anónima tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho (vid. artículos 38 del Código Civil, 116.2.º del Código de Comercio, y 129.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas), careciendo el objeto social de virtualidad limitadora de la misma, debe reconocerse que la enunciación detallada en los estatutos de los actos concretos que, al amparo de esa capacidad general, puede realizar la Sociedad, resulta en todo caso innecesaria y, en algunos, como en el ahora debatido, inconveniente: Señalar que la Sociedad en tanto que persona jurídica puede dedicar, «de modo indirecto» (cfr. artículo 117.4.º del Reglamento del Registro Mercantil), todo o parte de su patrimonio a cualquier ámbito de actividad lucrativa, cuando inmediatamente después se define un ámbito más específico como el objeto propio de la misma, sino puede afirmarse que pone en entredicho esta delimitación posterior del objeto social, cuando menos, oscurece y enturbia el significado jurídico que le corresponde, y esta ambigüedad es aún más patente si se conecta con las facultades específicas que luego se confieren al Órgano de gestión. Por ello, teniendo en cuenta las exigencias de claridad y precisión con que ha de hacerse constar el objeto social (cfr. artículos 9.º, a) y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 117.1 del Reglamento del Registro Mercantil), y que, en general han de guiar la redacción de los Estatutos, en función de su cometido rector de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, y de su eficacia frente a terceros que no intervienen en su formación, procede confirmar la no inscripción de la especificación contenida en el artículo 1.º de los Estatutos, que es objeto de debate.

3. En cuanto al inciso del artículo 15 de los Estatutos que también es objeto de debate, debe partirse de una consideración esencial, cual es la exigencia de una precisa determinación del objeto social y la consiguiente exclusión de aquellas cláusulas estatutarias que menoscaban la delimitación

del ámbito de actuación que aquél implica, o enturbien en su específica relevancia jurídica, y así resulta tanto del mandato legal contenido en el artículo 9.º, b) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, como de la trascendencia misma que el objeto social reviste, así en la relación interna de los socios y la Sociedad como en las que ésta establezca con terceros, y aunque en este plano externo su alcance quede ostensiblemente reducido a tenor del nuevo artículo 129. 2.º del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, no por ello queda totalmente eliminado (piénsese en la hipótesis de actuación extralimitada indubitadamente conocida por el tercero). Por otra parte, si uno de los efectos de la ley anuda al objeto social, en armonía con su finalidad delimitadora del ámbito económico en el que ha de desenvolverse la Sociedad, es la definición de la extensión del poder de representación que corresponde al Órgano gestor (artículo 129.1.º del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), dos consecuencias resultan inequívocas: a) Por una parte, la no necesidad de una adicional y coincidente definición estatutaria de ese poder representativo, mediante la enumeración pormenorizada de las facultades que lo integran (en este sentido se ha pronunciado ya este Centro directivo, en Resolución de 16 de marzo de 1990); b) Por otra, la incertidumbre que se produce cuando en esa enumeración se incluyen facultades que, entendidas en términos absolutos, desbordarían claramente el objeto social, pues tanto podría entenderse que esta atribución suplementaria revela una ampliación indirecta de aquél, con todas las consecuencias que ello llevaría consigo (lo mismo respecto de los socios que respecto de los terceros), como que la finalidad perseguida es exclusivamente la mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de actividad propio de la Sociedad, lo que —sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas— sustentaría su validez y eficacia frente a la Sociedad, y excluiría la eventual responsabilidad de los Administradores, pero sin comprometer en modo alguno la delimitación del objeto previamente efectuada, ni su específica significación jurídica como definidor del vínculo que liga al socio con la Sociedad (vid. artículos 147 y 260.3.º del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) y, consiguientemente, como obstativo del empleo abusivo y reiterado de la facultad suplementaria. Esta indeterminación, en claro contraste con las exigencias de una correcta técnica estatutaria (que imponen la precisa delimitación del objeto social en la cláusula a tal fin destinada), así como con las de claridad y fijeza, tanto en el contenido normativo de los Estatutos sociales, como en el de los pronunciamientos registrales (en aras de la inequívoca delimitación de la posición jurídica que al socio corresponde en la Sociedad), justifica, por tanto, el rechazo registral a la atribución de esas facultades adicionales si no se especifica de modo inequívoco su limitada significación, la que, en todo caso, deberá respetar los márgenes que a la autonomía de la voluntad se fijan en materia de Sociedades.

4. Ciertamente ha de reconocerse que la suscripción o posterior adquisición por una Sociedad anónima de acciones o participaciones sociales de una Entidad que tenga un objeto social diferente, no implica necesariamente, para

aquella, una actuación ajena a su objeto social; si bien supone la dedicación de parte del patrimonio de la Entidad a una actividad distinta de la delimitada en su objeto, diversas circunstancias (el reducido porcentaje de participación, la relación cuantitativa entre esta participación y el total patrimonio de la Sociedad partícipe, las exigencias de rentabilización de recursos excedentarios o de recursos que no pueden o no deben ser inmediatamente aplicados a la consecución de los fines propios de la Entidad) pueden hacer posible su calificación como actos complementarios, o auxiliares, pero, en definitiva, encauzados y subordinados a la consecución última del objeto social: habrá de estarse, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación del objeto social, y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes. Pero, precisamente, por esa ambivalencia de la facultad cuestionada, porque esta participación (inicial o sobrevenida) de la Sociedad anónima en Entidades con objeto social diferente, no supone necesariamente una extralimitación respecto del de la primera, es por lo que, en armonía con los anteriores considerandos, ha de rechazarse la inscripción de una atribución abstracta o indiferenciada de las cuestionadas facultades a los Administradores.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.”

SINTESIS DE DOCTRINA

1. Es contrario a la claridad de los asientos del Registro, en una sociedad de objeto social concreto (aseguradora), el párrafo estatutario en cuya virtud “la sociedad puede participar en la constitución de todo tipo de sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo en cada caso del órgano social que corresponda”.

2. Es igualmente contrario a la claridad el párrafo contenido en el artículo relativo a las facultades de los administradores, según el cual éstos “tienen facultad para decidir la participación de la sociedad en la promoción y constitución de otras sociedades ... mercantiles ... cualquiera que sea su objeto social”.

3. Es innecesaria la definición estatutaria del poder representativo de los administradores, mediante la enumeración pormenorizada de las facultades que lo integran, como ya declaró la Resolución de 16 de marzo de 1990.

4. La enumeración complementaria de las facultades adicionales concedidas a los administradores debe especificar que su carácter “es exclusivamente la mera autorización anticipada para la *realización ocasional* de actos ajenos al ámbito de actividad propio de la sociedad ... pero sin comprometer en modo alguno la delimitación del objeto previamente efectuada, ni su específica significación jurídica como definidor del vínculo que liga al socio con la sociedad ... y consiguientemente ... como obstativo del empleo abusivo y reiterado de la facultad suplementaria”.

COMENTARIO

I

De las dos partes que tiene este fallo no vamos a entrar prácticamente en la primera (aquella que resuelve no ser inscribible, por falta de claridad, el párrafo estatutario que prevé la participación de la sociedad en otras, cualquiera que sea su objeto, previo acuerdo del órgano competente). Sólo apuntar que tanto el notario recurrente en la Resolución de 22 de julio (J. M. de Prada), como el registrador (número uno de Madrid, González-Meneses), como el propio Centro Directivo, reconocen, no podía ser de otro modo, que las sociedades tienen plena capacidad en el Derecho español. El obstáculo aducido por el registrador procedía de la legislación especial del seguro privado y así lo refleja en la nota como argumento legal único.

Entendía el registrador que, dado que la actividad de las aseguradoras está muy reglamentada y subordinada a autorizaciones administrativas, esto podría quedar burlado al aplicar literalmente la parte de los Estatutos cuya inscripción se impedía. La Dirección, curiosamente, ni tan siquiera en “vistos” alude a la legislación especial de ordenación del seguro privado. Fundamenta la denegación, con carácter general para todo tipo de sociedades, en que la precisión resulta “innecesaria” e “inconveniente” en orden a la claridad de los asientos del Registro.

Quizá hubiera sido más lógico fundamentar directamente el fallo en el artículo 117-2.º RRM. Dicha norma impide incluir en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades, por lo que, siendo la constitución de sociedades un acto jurídico más, podría entenderse que la exclusión procede tanto en el artículo específicamente destinado al objeto, como en cualquier otro directamente referido al ámbito de las actividades sociales.

Sin perjuicio, con independencia de la interpretación reglamentaria, de constatar el rigor que supone denegar la inscripción de una cláusula que es jurídicamente verdadera, según reconoce el propio Centro Directivo. No estará de más hacer notar que, probablemente, los Registros Mercantiles y de la Propiedad españoles son, de todo el mundo, las oficinas a la que acceden instrumentos jurídicos redactados con más precisión y rigor técnico. Aunque no sea ésta la impresión que se deduzca de un superficial análisis de la jurisprudencia.

II

Bastante más importa la segunda parte de ambas Resoluciones (puntos 2, 3 y 4 de la síntesis). Muchos notarios y no pocos registradores —tal como se puso de relieve en las sesiones de Barcelona de las Jornadas sobre la Reforma Mercantil organizadas por el Colegio de Registradores en los pasados meses de abril y mayo— entendemos (en sede teórica, porque luego la práctica obliga a proceder de modo contrario) que con el actual artículo 129 LSA es totalmente innecesario el relato detallado de las facultades de los administradores. Se basa esta consideración en que la interpretación del actual artículo 129 LSA (adaptación del artículo 9 de la Primera Directiva Comunitaria en materia de sociedades) ha de ser concorde con el llamado sistema germánico que inspira la norma comunitaria. De donde resulta, como lectura más probable del precepto, la siguiente:

a) los administradores tienen “necesariamente” facultades representativas para todos los actos comprendidos en el objeto,

por lo que estas facultades son “inderogables” (párrafo 1.º);

b) las facultades “excedentes” del objeto social también las tienen en principio, sin perjuicio de que éstas facultades “sí pueden limitarse” en estatutos;

c) pero esta limitación no afecta a terceros de buena fe y sin culpa grave (párrafo 2.º).

Mientras el párrafo 1.º del artículo 129 LSA se refiere a los actos comprendidos en el objeto, el párrafo 2.º ha de referirse necesariamente a los excedentes, pues los incluidos son por definición ilimitables en la esfera externa, la conclusión al silogismo es clara: *los administradores tienen, a tenor del artículo 129, facultades representativas para todo tipo de actos, incluidos o no en el objeto social, siendo únicamente limitables estas últimas facultades, si bien sin alcanzar la limitación a los terceros de buena fe.*

No vale alegar que el párrafo 2.º se está refiriendo a que la limitación en la relación interna no afecta al ámbito externo de representación, porque en este caso no hablaría de “terceros de buena fe”. Hay que insistir en que la limitación respecto de actos comprendidos en el objeto (posible en la esfera estrictamente interna) no afecta a ningún tercero, sea de buena o mala fe. Luego el repetido párrafo 2.º se está refiriendo necesariamente a los actos “extra-objeto”, los cuales, si no están expresamente excluidos en estatutos, son también de la competencia de los administradores. Lo dicho ha de entenderse, por supuesto, salvo expresa declaración legal en contrario (arts. 41, 75 y 80 LSA, fundamentalmente).

Pero, pese a ser jurídicamente innecesario el detalle estatutario de las facultades de los administradores, la práctica obliga a dicho detalle, ... que luego la Dirección General nos reprocha indirectamente en sus resoluciones. A qué notario no le ha ido un administrador a ampliar facultades “porque en el banco me han dicho que tengo poderes para pedir préstamos pero no para pedir créditos”. ¿Se inscribirían las escrituras de venta o hipoteca si el administrador —de empresa no inmobiliaria— estuviera “solamente” provisto “de las más amplias facultades

para todo tipo de actos”? De ser negativa la respuesta (que lo es, véase la referencia posterior a la tesis del registrador J. M. García) ¿qué podemos hacer los notarios?

El mundo mercantil gira en torno a esquemas de confianza por lo que, por supuesto, si una sociedad faculta estatutariamente a su órgano de administración para enajenar, permutar, hipotecar ... o, como en el caso de autos, “para participar en la constitución de otras sociedades mercantiles”, no es con la intención de “desbordar el objeto social” ni de proceder a “una ampliación indirecta de aquél”, sino de evitar que la junta se reúna para asuntos ocasionales en los que deposita su confianza en el consejo. Es efectivamente, como dice el Centro Directivo (pero para denegar la inscripción), “mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de actividad propio de la sociedad”. Esto es tan evidente que “especificar de modo inequívoco su limitada significación” constituye pura redundancia y una nueva fórmula rituarial.

262

¿Por qué no aplica el Centro Directivo preceptos tan de siempre como los artículos 1284, 1285 y 1286 del Código civil? ¿Por qué no extiende la doctrina del Tribunal Constitucional a casos en los que la razón, no de analogía, sino de identidad, es más que evidente? Tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional que cuando una norma merece dos posibles interpretaciones, una ajustada a la Constitución y no la otra, no procede el recurso de inconstitucionalidad para declarar la improcedencia de una de ellas, sino que lo oportuno es interpretar la norma constitucionalmente, descartando, de entrada, las otras posibles alternativas hermeneúticas. Es evidente, como decía antes, no por razón de analogía sino de identidad, que lo mismo procede, de arriba a abajo, en la interpretación de cualquier otro tipo de norma, incluida, por supuesto, la *lex privata* estatutaria.

No es lógico que esto sea así en materia constitucional, o en el Código civil desde hace más de cien años, y que no suceda igual en sede de Registro. Aparte la paradoja de que el primer defecto se confirme porque la aclaración de lo que

es así por Ley (la plena capacidad de la sociedad) “oscurece y enturbia”, y que el segundo se confirme por la razón opuesta, por ser necesaria la aclaración de lo que de la Ley y de la lógica ya resulta.

Es también de destacar que en el último fundamento de ambas Resoluciones parecen ponerse en duda las facultades de los administradores para los actos “extra-objeto” si no disponen de autorización previa. “Habrá que estarse, dice la Dirección General, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación respecto del objeto, sino de extralimitación con relación a las facultades expresamente excluidas (1).

Así pues, en la práctica, los estatutos habrán de seguir redactándose con una detallada relación (jurídicamente innecesaria) de facultades de los administradores, pues el tráfico así lo exige y el Mercantil no es un Derecho de formas, sino de tráfico precisamente. Pero habrá que añadir, tras la enumeración, un nuevo rito: “las facultades enunciadas no suponen ampliación indirecta del objeto social, sino mera autorización anticipada para la realización ocasional de tales actos”.

263

III

El presente comentario, hasta este punto, viene a reproducir con escasas variaciones el ya publicado en el número de septiembre de 1991 de la revista LA NOTARÍA, editada por el

(1) La interpretación amplia del artículo 129 LSA no exime al notario del examen de las facultades del administrador, sino todo lo contrario. Habrá de denegarse la autorización cuando exista limitación expresa o incluso, como criterio de prudencia, cuando del contexto estatutario se deduzca una voluntad favorable a la limitación. El notario no puede convertirse, en absoluto, en dispensario de buena fe para los terceros ni en convalidador de actuaciones ilícitas.

Por ello cabrá denegar la forma pública cuando conste que el acto es ilícito en la relación interna, aunque pueda llegar a ser válido y eficaz en la externa. En este terreno el problema deontológico se planteará cuando el acto cuya formalización se solicita no vaya a producir efectos en el futuro, sino que, en su mayor parte, los ha producido “ya” en el pasado. ¿Debe quedar sin formalización un acto que, aunque excedido en la relación interna y, por ello, con un cierto grado de ilicitud civil, es totalmente válido y eficaz?

El artículo 129 LSA es, en definitiva, un precepto mucho más complejo para el notario que para el registrador, a quien llegan solamente las consecuencias externas de los actos de los administradores.

Colegio Notarial de Barcelona. Cuando se me encomendó por la REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO el comentario a estas mismas Resoluciones mucho dudé entre adoptar una actitud “aséptica” o mantener la posición “apasionada” que ya había reflejado en LA NOTARÍA. Había optado por lo primero cuando llegó a mis manos la Resolución de 11 de noviembre de 1991 (BOE 18 de diciembre), sobre la que volveré enseguida. Tras ella me es imposible alterar el tono de mi primer escrito.

Entiendo, por otra parte, que siendo ésta una revista hecha por notarios debe, de un modo u otro, reflejar el talante, la perspectiva, “el temperamento” de los notarios. Si algo es apreciado en nuestro estilo es el aunar una sólida formación teórica y una práctica cotidiana “acelerada” (todo es para hoy mismo). Los notarios sabemos dar consejos prácticos, exentos de fárragos y, por ello, precisos. Aunque la precisión, cosa lógica, no sea apreciada por todos en igual medida. En definitiva, estos primeros números de la nueva etapa de la REVISTA pueden imponer un cierto estilo a los posteriores y, por ello, todos los comentaristas debemos imponernos la autodisciplina de la brevedad, so pena de no ser leídos. Un comentario en profundidad a esta Resolución requerirá una o varias monografías sobre las facultades del órgano de administración de las sociedades y su relación con el objeto, algo más propio de la sección de estudios doctrinales que de un comentario.

Pero, tras la anterior profesión y compromiso de brevedad, lo que no procedería aquí es renunciar a un somero inventario del estado actual de la Jurisprudencia y la doctrina. Procedamos a ello.

Cinco Resoluciones de la Dirección General se han ocupado, tras la entrada en vigor de la Reforma, de la cuestión relativa a las facultades de los administradores sociales:

=La Resolución de 16 de marzo de 1990 (BOE 7 de abril): en ella se dice literalmente que “si bien es cierto que no puede haber cláusulas que extiendan el apoderamiento de los administradores fuera del objeto social —quedan a salvo las autoriza-

ciones para actos concretos— no lo es menos que dichas cláusulas pueden y deben interpretarse como cláusulas de ampliación del objeto social” ... “habrá de verificar si en tales casos efectivamente se han observado las normas relativas a la modificación del objeto social, a fin de evitar la elusión de las normas sobre modificación de estatutos por medio del más sencillo procedimiento de atribuir nuevas facultades a los administradores” ... “No obstante, resulta oportuno señalar que la especificación de estas facultades —o de cualesquiera otras— en la escritura resulta de todo punto innecesaria, toda vez que no añade nada. Si las actividades están cubiertas por el objeto social, el apoderamiento para realizar tales actividades existe con independencia de su consignación detallada; y *si no están cubiertas, lo oportuno es proceder directamente a la ampliación del objeto*”.

=La Resolución de 20 de diciembre de 1990 (BOE 2 de febrero) declaró que “aunque innecesaria” es inscribible la facultad estatutaria de los administradores relativa a la prestación de garantías en favor de terceros, “sin perjuicio de que haya de entenderse que las facultades representativas se refieren sólo al ámbito del objeto social”.

Es curioso que estas dos Resoluciones, quizá inspiradas en la excelente monografía de Manuel de la Cámara sobre “La representación de las Sociedades Mercantiles” (monografía escrita, no se olvide, vigente el anterior artículo 76 de la LSA) acogen la tesis del objeto social como límite mínimo y máximo de las facultades representativas de los administradores. Pero acogen esta tesis en el mismo instante en que el antiguo artículo 76 da paso al nuevo artículo 129, instaurándose un sistema totalmente distinto, en el que no cabe duda de que el objeto social es límite mínimo, pero es más que discutible que también sea límite máximo de las facultades representativas. Así, además, lo había venido manteniendo el Centro Directivo, entre otras, en Resoluciones de 4 de abril de 1980 y 6 de septiembre de 1982.

Tras la reforma, la nueva doctrina de la Dirección General,

plasmada en las Resoluciones de 1990, podrá tener sentido en el ámbito interno de gestión (con la correspondiente exigencia de responsabilidad al administrador que se extralimita) pero no en el externo de representación que, por cierto, es el único que accede al Registro.

De cualquier forma se trataba de dos Resoluciones dictadas, vigente ya la nueva legalidad, pero con aplicación de la anterior, por lo que cabía la duda razonable de si tal doctrina se consolidaría con el nuevo artículo 129 de la actual Ley de Sociedades Anónimas que, en cierta manera, concentra el control de legalidad en la notaría. Repárese en que, en lo sucesivo, muy difícilmente prosperará la impugnación judicial de un acto del administrador formalizado en escritura.

La respuesta del Centro Directivo, plenamente vigente el nuevo sistema, son las dos resoluciones que aquí se están comentando,

266 =la Resolución de 22 de julio de 1991 y

=la Resolución de 10 de septiembre de 1991.

En ambas la Dirección General, tras reconocer que la trascendencia del objeto social en el plano externo de representación ha quedado ostensiblemente reducida a tenor del nuevo artículo 129-2.º LSA, concluye afirmando que “habrá de estar-se, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación del objeto social y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes”.

Esta doctrina, como apuntaba más arriba, resulta muy discutible, en tanto se sigue considerando el objeto como “límite máximo de atribución de facultades a los administradores”, interpretación que, como pone de relieve una doctrina que empieza a ser ampliamente mayoritaria, en absoluto autorizan los artículos 128 y 129 LSA. Es una doctrina particularmente antipática para los notarios, pues siempre cabe la duda de si tal acto concreto será interpretado por el registrador como “excedente del objeto”. Pero no acaba aquí la cuestión.

=La Resolución de 11 de noviembre de 1991 (BOE 18 de diciembre, posterior, por tanto, a las que aquí se comentan)

se ocupa de un caso aparentemente claro. Comparece el administrador único de una sociedad limitada, de la que no se transcribe el objeto; el administrador está estatutariamente facultado para representar a la sociedad en juicio y fuera de él, para lo que “podrá realizar toda clase de actos y contratos”. El citado administrador compra un bien para la sociedad. La registradora de Badalona (firma ilegible) María Purificación García, que también tiene el título de notario, deniega la inscripción “por no acreditarse las facultades del Administrador”.

No voy a detenerme en comentar esta Resolución, lo que, supongo, hará otro compañero en otro número, sino simplemente apuntar que la Dirección revoca la nota, no podía ser de otra manera, pero:

— No cita ni una sola vez, fuera de los “vistos”, el artículo 129 LSA. Si bien es cierto que la escritura objeto del recurso fue otorgada antes de la entrada en vigor de la Reforma.

— Dice literalmente (fundamento 2.º) que “el objeto social constituye el punto de referencia obligado para determinar *el límite del poder de representación de los Administradores*”.

— Reproduce (fundamento 3.º), como si nada hubiera cambiado, la doctrina en torno al anterior artículo 76 LSA, es decir la distinción entre: a) actos de directa ejecución del objeto, b) actos complementarios o de desarrollo, c) actos neutros y, d) actos excedentes del objeto o “claramente contrarios a él”. Quedando, evidentemente, al buen criterio del registrador la apreciación de tan extrema sutileza.

— Y concluye, literalmente también, que se accede a la inscripción “*no sin advertir al fedatario* —y más tras la reforma realizada en esta materia con posterioridad al otorgamiento de la escritura discutida—, la utilidad y conveniencia de expresar el objeto social o la autorización de la Junta —que en este caso existía— en los documentos que sobre esta materia autorice, por la trascendencia que el acto puede tener, *si no en orden a su inscripción* al menos en cuanto a liberar de responsabilidad al Administrador, si surgiese cuestión sobre ello”.

Sorprende, realmente, esta advertencia al notario autorizan-

te. No hará falta indicar que el notario no siempre dispone de la escritura fundacional y del objeto social, con frecuencia sólo cuenta con la escritura de nombramiento de administrador. ¿Tiene que denegarse la autorización en estos casos aunque el administrador inscrito y vigente tenga facultades “para todo”? ¿Qué justificación da el notario al ciudadano para el “vuelva usted mañana”? ¿Qué hará el mismo notario cuando pasado mañana se encuentre en igual situación pero ante una venta o un aval otorgados por el administrador? ¿Deberá acudir al artículo 129 LSA o pedir la venia al registrador de turno? ¿Por qué advierte la Dirección General que “más tras la reforma” es conveniente expresar el objeto social o la autorización de la Junta, si la conclusión a la que está llegando toda la doctrina (salvo la registral) es precisamente la contraria?

V

268

Pasando al ámbito doctrinal, y previa renuncia a un recuento de las aportaciones de los autores en esta materia, me limitaré a los estudios más recientes. Cabe referirse en primer lugar a la polémica recogida en las páginas de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (número 606, septiembre-octubre 1991, págs. 1887 y ss.) entre el notario Antonio Roldán y el registrador (aunque también notario excedente) Pedro Avila, ambos de Barcelona. Polémica iniciada, por cierto, en las páginas de LA NOTARÍA.

Roldán, tras un pormenorizado estudio de la normativa comunitaria y del Derecho Comparado, mantiene la postura que cabe denominar amplia. No sería oportuno reproducir aquí sus argumentos, pero sí vale la pena recoger algunas de sus conclusiones:

“El órgano administrativo puede realizar, frente a terceros, toda clase de actos, ... sólo la sociedad puede impugnar tales actos probando la mala fe del tercero ... en el correspondiente juicio contradictorio. El Registrador de la propiedad o mercantil no tiene facultades para calificar la adecuación del acto al objeto y la buena o mala fe del tercero ... El tercero tiene

un derecho incluso constitucional a que se presuma su buena fe ... La calificación de oficio por el Registrador crea una inseguridad incompatible con la esencia del Registro y la finalidad de la Directiva”.

El artículo de Roldán es contestado por Avila acto seguido (págs. 1918 y ss.). Avila mantiene la postura restrictiva que en lo esencial coincide con la tesis de la Dirección General. Entre los curiosos argumentos que aporta Avila está el de que el suyo es el criterio “seguido por todos los notarios de Barcelona cuyas escrituras han llegado a mi Registro”. En lo que a mí respecta, como representante de la especie a que alude Avila, ya ha quedado constatado que si sigo tal criterio es porque no tengo otro remedio. (2).

Lo curioso de esta polémica es que los dos artículos van seguidos, sin solución de continuidad (págs. 1926 y ss.), de un tercero, del registrador (de Barcelona también) José Manuel García García que, a modo de árbitro espontáneo, tercia en la polémica, inclinando “definitivamente” la balanza en favor de la tesis restrictiva. Por supuesto previamente ya ha advertido que él no inscribiría una venta hecha por un administrador sin facultades expresas para enajenar o sin que el acto estuviere dentro del objeto; el acto de disposición del administrador de una compañía aseguradora, por ejemplo.

269

(2) Por cierto, algún día habrá que estudiar por qué al notario español se le puede contradecir el juicio de capacidad y no, en cambio, al resto del Notariado europeo, aunque el título extranjero (un poder, por ejemplo) sea presentado en un Registro de España —sabido es que los notarios en Europa dan fe de capacidad, pero no la justifican—. O cómo es posible que en una escritura de aval e hipoteca el registrador pueda entrar a calificar las facultades del administrador para avalar, mientras que si la operación se desdobra en escritura (o póliza) de aval y escritura de hipoteca —en cuyo caso ésta dirá que “como consecuencia de relaciones mercantiles” el hipotecante debe, o puede deber— entonces, según reciente Resolución de 7 de octubre de 1991 (BOE 6 de noviembre), “es excesivo que el registrador siga inquiriendo sobre los requisitos de una obligación en cuya existencia están de acuerdo acreedor y deudor”.

Dicho sea lo anterior, como ya expuse en otra ocasión, con todo el respeto al Cuerpo de Registradores, al que, como discípulo de registrador que soy, tengo en el máximo de los aprecio. Pero ello no obsta para constatar que el tráfico jurídico español no está en disposición de soportar “nuestras” (incluyo a los notarios) discrepancias de criterio en materias tan esenciales.

La otra recientísima aportación doctrinal procede del mundo de la Universidad. Me refiero al estudio del profesor Eduardo Polo al artículo 129 LSA, en el Tomo VI de los “Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles”, dirigidos por Uría, Menéndez y Olivencia (págs. 158 y ss. del referido Tomo VI, Editorial Civitas, Madrid 1992).

Del estudio de Polo, con una perfecta reseña bibliográfica a la que me remito, cabe entresacar las siguientes conclusiones: “Con la salvedad de la prueba de la mala fe o culpa grave del tercero, es evidente que la sociedad queda siempre obligada por los actos realizados por sus administradores estén o no incluidos en el objeto social delimitado en los estatutos”. Y cita en apoyo de su tesis a Uría, Sánchez Calero, Broseta, Aranguren, Lojendio, al notario Olivares, a Ruano Borrella y, con matices, S. de Albizu y Hernández Marti.

270

Concluye Polo poco después que el artículo 129 LSA es “una norma protectora del tercero de buena fe frente a las extralimitaciones de los administradores respecto del objeto social, pero protectora asimismo de la sociedad frente a esas mismas extralimitaciones de sus administradores cuando haya colusión, o mala fe o culpa grave de los terceros. Otorgar una protección suplementaria —más a la sociedad que a los terceros— denegando la inscripción de los actos contrarios al objeto social o cuyas facultades para realizarlos no vengan expresamente contempladas en los estatutos hasta que la junta general los autorice u otorgue los oportunos poderes, supone, no sólo una injerencia que la propia Ley ha descartado en beneficio de la seguridad del tráfico, sino también asumir una función de control sobre la actuación de los administradores que sólo a la propia sociedad —y, en su caso, a los Tribunales— compete”.

Suscribo, en general, las conclusiones de Polo, con alguna matización sobre aspectos que quizá no quedan lo suficientemente claros en su exposición al dar, a mi entender, un tratamiento excesivamente unitario a los actos intra y extra objeto.

Como ya dije anteriormente, en el ámbito externo de representación, los actos intra-objeto y sus coadyuvantes son ilimitables, por eso (art. 129-1.º) aunque la limitación accediera (indebidamente) al RM, el tercero quedaría siempre protegido, con total independencia de que conociera o no la existencia de la limitación.

Pero, a diferencia de los actos intra-objeto, los actos excedentes sí pueden quedar estatutariamente reservados a la junta, esto es, sí son susceptibles de limitación expresa, accediendo ésta al Registro; aunque tal limitación, incluso inscrita, pueda ser irrelevante para el tercero de buena fe y sin culpa grave (art. 129-2.º).

VI

Por lo dicho, el notario:

— Deberá autorizar cualquier acto otorgado por el administrador en el ámbito del objeto, con independencia de cuáles sean sus facultades estatutarias; éstas ni tan siquiera sería preciso que se transcribieran en la escritura.

— Deberá también autorizar cualquier acto excedente del objeto, con tal de que dicho acto no aparezca reservado por Ley (artículos 41, 75 y 80 LSA, y cualquier otra limitación legal que pudiere haber) o por estatutos a la Junta General. Debería bastar con hacer constar en la escritura que “las facultades del administrador no aparecen restringidas en los estatutos”.

— Deberá, en cambio, denegar la autorización si el acto extra-objeto aparece limitado (o, lo que es igual, reservado) en los estatutos. Aunque el acto pueda ser válido por mor del artículo 129-2.º, de lo que no cabe duda es de que será un acto ilícito, un acto bajo sospecha al que no conviene dotar del revestimiento de la forma pública.

Discrepo en este punto, por lo tanto, del compañero Roldán y del profesor Polo. No parece lógico dotar de forma pública a un acto realizado contra la “ley de la sociedad”, favoreciendo la aparición de subadquirentes que hagan ilusoria cualquier acción social.

Ello, tratándose de un acto que “nace en la notaría”, que se sustantiva y formaliza ante el notario, parece claro, pues la mera advertencia del notario al tercero diluirá la buena fe de éste. Tratándose de un acto ya consumado, con tercero de buena fe “indestructible”, y del que sólo se pretende su formalización en escritura, la solución podría ser más discutible, pero aun así me inclino por la denegación en base a la consideración ya hecha de que no conviene dotar de forma pública a un acto ilícito, aunque válido, sin pronunciamiento de los Tribunales. Aparte de una consideración de estricto Derecho Notarial: el acto del administrador será válido, pero el administrador, respecto de dicho acto, carece de facultades “para comparecer ante notario”, que no es el tercero de buena fe ex artículo 129. Luego, sin perjuicio de reconocer la validez del acto, lo procedente desde una perspectiva notarial es que comparezca persona con facultades bastantes o que se proceda a la formalización judicial.

Congruentemente con lo expuesto, a la vista del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, solamente en el caso de confluir una doble circunstancia: a) *acto extra-objeto*, y b) *limitado en estatutos*, cabrá denegar su acceso a los Registros.

Tomás Giménez Duart
Notario

LA FINANCIACION DE LA CRISIS Y LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

(Ress. 26 noviembre 1990 y 3 octubre 1991)

RESOLUCION de 26 de noviembre de 1990, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por don José Alberola Pastor, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Martorell a inscribir una hipoteca unilateral de máximo, en virtud de apelación del recurrente (BOE 1 enero).

273

“En el recurso gubernativo interpuesto por Don José Alberola Pastor, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Martorell a inscribir una hipoteca unilateral de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 8 de febrero de 1989, ante doña Pilar Chofre Oroz, Notaria de Castellón, don José Alberola Pastor y otros otorgaron escritura pública de constitución de hipoteca unilateral de máximo, en favor de las Entidades bancarias que se citan en la misma.

Dicha escritura fue modificada mediante otra de subsanación otorgada por el mismo Notario, el día 7 de marzo de 1989, en la que se suprime íntegramente la letra d) del apartado 5.º de la disposición 2) de la escritura de fecha 8 de febrero de 1989, que dice: «No procederá el vencimiento anticipado por el hecho de que la acreditada “Gresycer, Sociedad Anónima”, o alguno de los garantes, fueran declarados en situación legal de suspensión de pagos o concurso de acreedores».

CALIFICACION

Presentadas las anteriores escrituras en el Registro de la Propiedad de Martorell fueron calificadas con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, en unión de la escritura subsanada, por observarse los siguientes defectos: 1. Las obligaciones garantizadas por la hipoteca de máximo son de una inconcreción tal que pueden ser según la disposición 1), letra A), “cualquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna”, sin que por otra parte tampoco se establezca una apertura de cuenta corriente de crédito, pues según la disposición 6.^a “la parte acreditada no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna con cargo a la cuenta”. Según esta última disposición los Bancos incluirán las obligaciones o cargos en la cuenta y se limita a prever que el Banco “pondrá a disposición de la acreditada el título en que esté acompañada la obligación”, sin tener en cuenta la forma de determinación de las obligaciones futuras que establece el artículo 238 del Reglamento Hipotecario. Al tener en nuestro Derecho naturaleza accesoria la hipoteca respecto a la obligación no cabría ese grado de indeterminación. 2. No es posible garantizar con hipoteca los intereses devengados por el saldo de la cuenta, una vez cerrada, pues las hipotecas de máximo garantizan el saldo, incluidos intereses, en el momento del cierre. 3. Tampoco al garantizar los intereses se pueden incluir los impuestos, éstos necesitarían garantía aparte y, asimismo, no cabe englobar costas y gastos. Por otra parte, no se han garantizado los intereses de demora por lo que no se inscribe la cláusula correspondiente. 4. No es inscribible el apartado d) de la cláusula 5.^a de vencimiento anticipado pues las situaciones de suspensión de pagos o concurso de acreedores están sustraídas a la disposición de las partes. Contra esta nota cabe recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de cuatro meses. Solicitada por escrito anotación preventiva por defectos subsanables, se toma con letra A, al tomo 2.192, libro 154 de Esparreguera, folio 116, finca 7.725. Martorell a 17 de julio de 1989.—El Registrador.—Firmado: Ramón Abelló Margalef.»

REPLICA

Don José Alberola Pastor interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: A) Primer defecto.—Este defecto se puede dividir en tres: 1.º Falta de concreción de la clase de obligaciones garantizadas. Que cabe afirmar que en la escritura de constitución de hipoteca unilateral de máximo, objeto de este recurso, en su disposición 1.^a se concretan las líneas fundamentales de las obligaciones garantizadas, es decir, estarán garantizadas todas aquellas que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico mercantil bancario, tal como declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1929 y, asimismo, manifiesta la doctrina hipotecaria. 2.º Falta de apertura de una cuenta corriente

de crédito.—Que del estudio del dispositivo 21 del apartado 6.º de la referida escritura, se desprende que se trata de un contrato de cuenta corriente de crédito; por tanto, existe una hipoteca de máximo de cuenta corriente de crédito regulada en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Que una vez determinada la naturaleza jurídica de la cuenta abierta, hay que señalar que la doctrina es unánime al afirmar que el crédito abierto en cuenta corriente puede ser utilizado mediante distintas operaciones, siempre que queden especificadas tales operaciones al otorgar la escritura de constitución de la hipoteca, y 3.º Falta de concreción del medio de determinación del crédito que en definitiva resulte garantizado.—Que hay que señalar que, según la doctrina hipotecaria, ni el sistema de determinación del crédito establecido en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria (es decir, el sistema de libreta doble), debe ser adoptado previamente en la escritura, ni el acuerdo adoptando la certificación bancaria, establecido en el mismo artículo, son requisitos que afectan a la validez e inscribibilidad de la escritura de constitución de la hipoteca; el sistema de determinación del crédito tan sólo es requisito para poder utilizar el procedimiento judicial sumario. B) Segundo defecto.—Que atendiendo al contenido de la disposición 2), apartado 8, de la citada escritura, se desprende la existencia de tres tipos de intereses: a) Del saldo provisional de la cuenta.—Que estos intereses deberán ser satisfechos en metálico en el plazo estipulado en la escritura, en el supuesto de que no lo fueran, los mismos quedarán cargados en la cuenta, estando, por tanto, garantizados los mismos con la hipoteca al estar garantizado el saldo definitivo de la cuenta; b) Del saldo definitivo.—Que si bien estos intereses tienen la naturaleza de remuneratorios, nacen al cerrarse la cuenta, por lo que no pueden integrarse en el saldo de la misma, lo que no significa que no puedan estar garantizados por la hipoteca constituida, tal y como declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 1987. Que en conclusión hay que afirmar que la disposición 3 de la escritura pública de febrero de 1989 ha respetado el principio de especialidad no englobando junto a este tipo de intereses obligación de ningún tipo, precisándose separadamente las circunstancias que los identifican y la cifra máxima de responsabilidad, y c) Intereses de demora.—Que según la Resolución antes citada no existe ningún obstáculo para garantizar con la hipoteca estos intereses, siempre que se precisen de forma separada las circunstancias que los identifican y la cifra máxima de responsabilidad, pero esto no significa que los mismos deban ser garantizados obligatoriamente, según una interpretación *a sensu contrario* de la señalada resolución. C) Tercer defecto.—Que hay que afirmar que en la escritura de constitución de hipoteca de máximo, disposición 3), los gastos y las costas judiciales no han sido englobadas con obligación alguna de distinta naturaleza. D) Defecto cuarto.—Que el contenido del apartado 5.º de la disposición 2) de la escritura pública de constitución de hipoteca de 8 de febrero de 1989, fue suprimido íntegramente por la escritura de subsanación de 7 de marzo de 1989. Que, en conclusión, que se trata de una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito, y habiéndose consignado en la escritura de su constitución las circunstancias

especiales exigidas en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, y en virtud de lo expuesto anteriormente reúne todos los requisitos necesarios para su inscripción. Que como fundamentos de derecho hay que citar: Los artículos 1.857, 1.851, 1.875 y 1.880 del Código Civil; 9, 12, 142, 143, 145 y 153 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1929 y 23 de octubre de 1987.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: I. En relación con el primer defecto: A) Inconcreción de las obligaciones garantizadas con hipoteca de máximo.—Que en este punto cabe citar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1929, 23 de diciembre de 1987 y 22 de marzo de 1988. Que en nuestro derecho, la hipoteca es accesoria del crédito y el tercero ha de conocer cuáles son los créditos asegurados por la hipoteca. Que así lo confirma la Exposición de motivos de la Reforma Hipotecaria de 1944. B) Falta de apertura de crédito en cuenta corriente.—Que parece ser que no es un supuesto de apertura de crédito en cuenta corriente sino que habría una reunión contable de diversas obligaciones, una situación contable de cuenta corriente y, en este caso, cabe señalar lo que dice la citada Resolución de 23 de diciembre de 1987. Y C) Procedimiento para determinación de las obligaciones futuras.—Que dicha reunión contable de obligaciones requeriría, como dice la Resolución citada, que debieran individualizadamente garantizarse las obligaciones, o bien se cree que podría configurarse como una hipoteca en garantía de una sola obligación futura constituida por la fusión o novación del conjunto de obligaciones, una vez cumplido el plazo fijado. A esta hipoteca se aplicaría el régimen de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario, o sea, que el crédito futuro no se determina por el procedimiento del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. II. En relación al defecto 2.º señalado en la nota. Que al cerrarse la cuenta y determinarse el saldo, los intereses remuneratorios no pueden estar incluidos en aquél debido al cierre, luego no quedan garantizados por la hipoteca porque las hipotecas de máximo garantizan el saldo, sin perjuicio de que fueran reclamados esos intereses por acción personal. Que, de todos modos, sólo podría considerarse que hay saldo en el supuesto de estimar que se configura en la escritura una apertura de crédito de cuenta corriente y no una simple reunión contable de obligaciones. III. En relación al tercer defecto.—Que por el principio de especialidad es necesario que los impuestos se garanticen separadamente de los intereses. Que, conforme declaró la tan citada Resolución de 1987, en la cifra global por costas y gastos judiciales, se suelen incluir otros gastos más o menos relacionados con el contrato y para éstos se requiere hipoteca especial. Que en cuanto a los intereses de demora, como la hipoteca de máximo garantiza el saldo, al determinarse éste no podrán incluirse entre las partidas que se carguen a la Entidad deudora porque no han sido garantizados en la escritura. IV. Y en

relación con el cuarto defecto.—Que en el Registro fue presentada una escritura de 16 de junio de 1989 y no la que cita el recurrente de 7 de marzo de 1989 y, por tanto, hay que mantener el defecto señalado, en virtud de lo declarado en las Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987.

INFORME DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento informó: Que la escritura autorizada es de apertura de crédito en cuenta corriente garantizada con hipoteca unilateral. La hipoteca de máximo en garantía de cuentas corrientes de crédito es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios. De modo que la fe pública del Registro sólo es aplicable al derecho real de hipoteca, mientras que el derecho de crédito colocado a su amparo queda sujeto a los preceptos del derecho civil y mercantil. No existe inconcreción en las obligaciones garantizadas por la hipoteca, ya que la garantizada es el saldo de la cuenta corriente. Dicha hipoteca asegura relaciones de deuda continuada, por tanto, necesita una flexibilidad que la haga apta para formalidades comerciales. Que, por otra parte, no existe inconcreción sobre la manera de determinar el saldo, pues la referencia que se hace en la escritura al artículo 153 de la Ley Hipotecaria en su relación con el artículo 245 del Reglamento pone de manifiesto, una vez más, que nos encontramos ante una hipoteca de máximo en garantía de cuentas corrientes de crédito y, por ello, no se tuvo en cuenta el artículo 238 de dicho Reglamento, ya que no se trata de hipoteca en garantía de obligaciones futuras. Que es habitual en el tráfico mercantil y constituye operación bancaria clásica, que el banco otorgue al cliente un crédito que se caracteriza por las siguientes notas: a) El cliente deudor actual o posible deudor del Banco, en virtud de diversos contratos mercantiles que puede suscribir, debe cumplir éstos en las fechas y condiciones pactados; b) Para evitar que el Banco tenga que proceder judicialmente contra su cliente, en caso de incumplimiento, para poder conceder al deudor un nuevo plazo, el Banco confiere al cliente un crédito, por la cuantía máxima que estime suficiente, que es instrumento mediante cuenta corriente, en la que se apuntan por una parte las cantidades debidas por el cliente y, por otra parte, las cantidades que en cumplimiento de los plazos acordados con el Banco en la cuenta corriente, el cliente viene obligado a satisfacer. No se necesario la disposición del crédito en numerario, ya que puede disponer del mismo en virtud de pólizas, cheque, letras, etc., por aplicación de los artículos 1.255, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil; c) Conforme el cliente deja incumplidas sus obligaciones derivadas de los contratos mercantiles que suscribe con el Banco, éste liquida dichas operaciones, compuestas del principal más los intereses; d) La nueva deuda así surgida (principal más intereses), se carga en la cuenta corriente y a partir de dicho momento, comienza a devengar los intereses que para la cuenta corriente de crédito se han pactado en el contrato; se produce una novación de la

obligación primitiva; e) Finalizado el plazo de la cuenta corriente de crédito, resultará un saldo, a cero si cumplió el deudor o negativo para el cliente, si incumplió la obligación. Este saldo hasta su completo pago sólo puede devengar intereses de demora al tipo pactado: por tanto, los intereses que quedan garantizados, cerrada la cuenta, son los de demora, puesto que los ordinarios ya están en el saldo; y f) La hipoteca garantiza el saldo de la cuenta corriente, los intereses de demora y la cantidad que se presupuesta para costas y gastos. Que en cuanto al apartado letra d) de la cláusula quinta de vencimiento anticipado, se señala que dicha cláusula fue suprimida en la escritura de subsanación de 7 de marzo de 1989.

AUTO PRESIDENCIAL

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en que parece que lo que se persigue con esta constitución de hipoteca sea garantizar deudas ya contraídas e incluso algunas vencidas; no hay contrato de cuenta corriente al no existir recíproca concesión de crédito; y al no poderse englobar obligaciones distintas que necesitarían una garantía individualizada, hay que aplicar el régimen establecido en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 238 del Reglamento. Lo establecido en el dispositivo 6, en el apartado a) en su último párrafo de la escritura de 8 de febrero de 1989, supone una actuación unilateral del Banco en contra de lo previsto en el citado precepto reglamentario.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Visto los artículos 14 y 24 de la Constitución; 1.115, 1.214, 1.256, 1.273, 1.449, 1.598 y 1.690 del Código Civil; 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores; 141, 142, 143 y 153 de la Ley Hipotecaria; 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238 y 245 del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente caso una pluralidad de personas constituyen sobre una pluralidad de fincas una única hipoteca unilateral de máximo en favor de una pluralidad de Bancos. No se pretende garantizar con ella un único crédito, presente o futuro, del que los Bancos sean cotitulares, mancomunados o solidarios. Por el contrario, se asigna a cada Banco en la única hipoteca una cuota del máximo —las cuotas son desiguales— con la cual quedarán garantizadas las obligaciones, presentes o futuras, que el único deudor, una Sociedad Anónima, tenga con la Entidad bancaria respectiva. En la nota de calificación no se cuestiona la posibilidad de tan singular figura de hipoteca única y, por tanto, tampoco debe este Centro cuestionarla ahora. Lo que acusa la nota es que no es admisible el «grado de indeterminación» con que se expresa la escritura de constitución pues «las obligaciones garantizadas» pueden ser «cualesquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna», y según la escritura «los

Bancos incluirán las obligaciones o cargos en la cuenta, cuyo saldo en determinado día será el garantizado, sin tener en cuenta la forma de determinación de las obligaciones futuras que establece el artículo 238 del Reglamento Hipotecario». Sin que por otra parte —sigue el Registrador— tampoco se establezca una apertura de cuenta corriente de crédito, pues según la escritura «la parte acreditada no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna con cargo a la cuenta». Parece que lo que se persigue en este caso, explica el Registrador en su informe, es garantizar deudas ya contraídas e incluso algunas vencidas: No se trataría, entonces, de una apertura de crédito en cuenta corriente sino de una reunión contable de diversas obligaciones.

2. Por la operación que suponen las estipulaciones de la escritura un colectivo de acreedores concederá espera a una serie de obligaciones de un mismo deudor y, por su parte, el deudor constituye en garantía de ellas hipoteca y consiente que sea cada acreedor por su cuota de hipoteca el que unilateralmente determine qué obligaciones son las contraídas, cuál es su cuantía y condiciones, pudiendo tratarse de obligaciones ya existentes, vencidas o no, o de las futuras que resulten en el plazo de unos meses, sin más límite, para unas u otras, que el de provenir de operaciones «propias del tráfico de los Bancos» y siempre que en un corto plazo hayan sido incorporadas por el Banco en la cuenta, cuyo saldo será el garantizado y devengará, ya, propios intereses. En esta cuenta puede haber ingresos del deudor, pero éste «no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna».

La operación descrita —concesión de espera por un grupo de acreedores a cambio de hipoteca y atribuciones a cada uno en relación con la determinación de la deuda— no es, propiamente de las que en la Ley o en el tráfico están tipificadas como operaciones bancarias. La indeterminación de las obligaciones (existentes, vencidas o no y futuras), y la atribución de su determinación a una sola de las partes, con efectos hipotecarios y, por tanto, procedimentales, infringe, en el contrato modificativo de las obligaciones que la escritura supone, las normas que substraen, como principio, la materia de la prueba y, en particular, la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad, sobre todo para asegurar que la necesaria determinación del objeto del contrato (cfr. artículo 1.273), no quede al arbitrio de uno de los contratantes y para dar fijeza al contenido de un derecho, el de hipoteca, que por su carácter real tiene eficacia frente a todos (incluidos los demás acreedores del deudor). No tratándose de aquellas operaciones bancarias respecto de las que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria atribuye la posibilidad de pactar sobre los efectos bastantes de la certificación bancaria, recobran su eficacia las normas comunes que impiden que entre personas privadas quede roto el principio de la *aequalitas* y que, para la constitución de hipoteca imponen —en cuanto a la determinación de la obligación garantizada— exigencias mínimas que en el presente caso no se cumplen, ni respecto de las obligaciones existentes ni respecto de las futuras.

3. De los otros tres defectos el recurso impugna sólo el segundo, y parcialmente el tercero. El defecto segundo, de la nota no es aceptable porque

si las partes pactan el saldo de cualquier cuenta cerrada puede ser pagado a plazos y mientras tanto devengar a su vez intereses (artículo 317 del Código de Comercio), sin que haya inconveniente en que estos puedan ser garantizados con hipoteca.

4. El Registrador, en el defecto tercero, hace una afirmación en relación con los intereses de demora que no ha sido contradicha por el recurrente. Se dice en la nota, además, en este tercer defecto: «Tampoco al garantizar los intereses se pueden incluir los impuestos», y en el recurso no hay, asimismo, nada en contradicción con esta aseveración del Registrador. El recurso, en relación con el defecto tercero, sólo se opone a la afirmación del Registrador: «Asimismo, no cabe englobar costas y gastos en una sola cantidad garantizada». Y realmente el carácter accesorio y ocasional de los mismos respecto de la única relación hipotecaria justifica que, como es práctica habitual, se engloban en una sola cantidad costas y gastos.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador, salvo en cuanto al defecto segundo y la parte recurrida del tercero que deben ser revocados.”

RESOLUCION de 3 de octubre de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Alberola Pastor, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 7, de Barcelona, a inscribir una escritura de hipoteca unilateral de máximo (BOE 13 noviembre).

“En el recurso gubernativo interpuesto por don José Alberola Pastor, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 7, de Barcelona, a inscribir una escritura de hipoteca unilateral de máximo.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 8 de febrero de 1989, don José Alberola Pastor y otros, además de por sí en nombre y representación de las Entidades mercantiles «Gresycer, Sociedad Anónima», y «Cerámicas Alcas, Sociedad Limitada», otorgaron escritura pública de constitución de hipoteca unilateral de máximo a favor de determinadas Entidades Bancarias, ante el Notario de Castellón, doña Pilar Chofre Oroz. Dicha escritura fue modificada mediante otra de subsanación otorgada por el mismo Notario, el día 7 de marzo 1989. En esta escritura se suprime el siguiente párrafo, señalado con la letra d), de la disposición segunda en el apartado quinto de la escritura de 8 de febrero de 1989,

que dice: «D) no procederá el vencimiento anticipado por el hecho de que la acreditada "Gresycer, Sociedad Anónima", o alguno de los garantes, fueran declarados en situación legal de suspensión de pagos o concurso de acreedores».

CALIFICACION

Presentadas las anteriores escrituras en el Registro de la Propiedad, número 7, de los de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento presentado junto con escritura de subsanación autorizada en Castellón de la Plana, a 7 de marzo de 1989 por el Notario doña Pilar Chofre Oroz, porque conforme al principio hipotecario de determinación no puede inscribirse la constitución de hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, lo que se produce en la precedente escritura al aludirse en el apartado 1) de «obligaciones garantizadas» a aquellas que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de bancos «de cualquier tipo sin excepción alguna» y «en general cualquier posición deudora frente al Banco aperturante de la cuenta» sin que tampoco se haya constituido una hipoteca en garantía de cuenta corriente conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, que no se adapta al sistema de la cuenta prevista en el número 6 Dispositivo. Ha de tenerse en cuenta conforme a la resolución DGRN de 22 de marzo de 1988 que «si bien en materia de hipotecas, el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito», «siempre se imponen legalmente algunas exigencias mínimas que no pueden ser eludidas», sin que pueda admitirse «la constitución de hipoteca en favor de cualquier deuda futura». Tampoco se pueden mezclar obligaciones presentes con obligaciones futuras, conforme señalan las resoluciones DGRN de 4 de julio de 1984 y 23 de diciembre de 1987, lo que se produce en relación con los apartados b) y c) del Dispositivo 1. Aparte de ello se deniega la inscripción respecto a los intereses de demora, por no estar especialmente garantizados por la hipoteca. Se deniega la inscripción del apartado 8 «obligaciones del hipotecante» y del apartado 11 «derecho a copias» por referirse a estipulaciones carentes de trascendencia inmobiliaria. Se deniega igualmente la inscripción del apartado d) de la cláusula quinta de vencimiento anticipado en caso de suspensión de pagos o concursos de acreedores conforme a la doctrina de las resoluciones DGRN de 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987. Defecto subsanable el afectante a la indeterminación de las obligaciones garantizadas con hipoteca e insubsanables los motivos que determinan denegación. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado. Contra la presente nota de calificación cabe recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con apelación en su caso ante la Dirección General de los Registros conforme a los artículos 112 y 55 del Reglamento Hipotecario.

Barcelona, 4 de diciembre de 1989.—El Registrador. Firmado: José Manuel García García.

REPLICA

Don José Alberola Pastor interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó:

A) Primer defecto:

Falta de concreción de la clase de obligaciones garantizadas. Que es consustancial a toda hipoteca unilateral de máximo el que la misma se constituye en garantía de créditos indeterminados en su cuantía o existencia o en ambos casos a la vez. Que dentro de la inherente indeterminación del crédito garantizado por la hipoteca de máximo es necesario, atendiendo al principio de accesoriedad de la hipoteca frente a los créditos garantizados, el determinar las líneas fundamentales a fin de identificar la relación obligatoria que garantiza la hipoteca, tal como declara la Resolución de 5 de marzo de 1929, y la doctrina hipotecaria; y en este sentido de la escritura de constitución de la referida hipoteca en su disposición 1), se concreta las líneas fundamentales de las obligaciones garantizadas; es decir, todas aquellas que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico mercantil bancario.

B) Segundo defecto:

Sin que tampoco se haya constituido una hipoteca en garantía de cuenta corriente conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Que en primer lugar hay que determinar la verdadera naturaleza jurídica de la cuenta bancaria cuyo saldo se asegura con garantía hipotecaria.

Que del detenido estudio de la escritura de referencia y en especial del dispositivo 2) apartado 6.º sobre finalidad de la cuenta se desprende que se trata de un contrato de cuenta corriente de crédito, a cuya virtud la Entidad bancaria se obliga por un tiempo fijo, a poner a disposición del hipotecante una suma de dinero, con facultad de reembolsarlo durante el tiempo fijado, con la facultad de disponer de él nuevamente, procediéndose a la liquidación de la cuenta a la llegada del término fijado, para determinar el saldo definitivo a restituir. Que, por último, es unánime la doctrina al afirmar que el crédito abierto en cuenta corriente puede ser utilizado mediante distintas operaciones, siempre y cuando queden especificadas las mismas al otorgarse la escritura de constitución de hipoteca. Que hay que concluir que ni el sistema de determinación del crédito establecido en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, el sistema de libreta doble, ni el acuerdo adoptando la certificación bancaria, establecido en el mismo artículo, son requisitos que afectan a la validez e inscribibilidad de la escritura de constitución de hipoteca. El acuerdo previo de determinación del crédito definitivo reflejado en la escritura, tan sólo es requisito necesario para poder utilizar el procedimiento judicial sumario.

C) Tercer defecto:

Intereses de demora. Que conforme una interpretación «a sensu contrario» de lo declarado en la Resolución de 23 de octubre de 1987 no existe ningún obstáculo para garantizar con hipoteca los intereses citados, siempre y cuando se precisen de forma separada las circunstancias que los identifican y la cifra máxima de responsabilidad, pero esto no significa que los mismos deban ser garantizados obligatoriamente.

D) Cuarto defecto:

Que el contenido del apartado 5.º de la disposición 2) de la escritura pública de constitución de hipoteca de 8 de febrero de 1989, fue suprimido íntegramente por la escritura de subsanación, de 7 de marzo de 1989. Que como fundamentos de derecho se citan los artículos 1.857, 1.861, 1.875 y 1.880 del Código Civil; 9, 12, 142, 143, 145 y 153 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1929 y 23 de octubre de 1987.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

I. Primer defecto:

Mezcla de obligaciones presentes y futuras.

No estructuración del supuesto como hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente.

Que en la escritura calificada existe una mezcla de hipoteca ordinaria, de obligaciones futuras y en garantía de cuenta corriente de crédito:

A) En la escritura se pretenden garantizar «obligaciones presentes», pero se produce una mezcla de obligaciones presentes con futuras en los apartados b) y c) del Disponiendo 1. La imposibilidad de tal mezcla resulta de las Resoluciones de 4 de julio de 1984 y 23 de diciembre de 1987.

B) En segundo lugar, en dicha escritura existe la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, que ha de reunir el requisito de determinación de las líneas fundamentales de las obligaciones, sin que se puedan mezclar con obligaciones presentes, ni puedan quedar indeterminadas. En otro caso se produciría la figura de la hipoteca flotante denunciada por la citada Resolución de 23 de diciembre de 1987. La indeterminación de las obligaciones se produce en el apartado A del Dispositivo I de la mencionada escritura. En este punto hay que recordar lo establecido en el fundamento 5 de la citada Resolución, y la de fecha 22 de marzo de 1988. Esta misma postura es la adoptada por la mayor parte de la doctrina hipotecaria.

C) En tercer lugar, existen hipotecas en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, que supone la concesión de crédito por parte del acreedor

y no una mera cuenta corriente contable en que se contabilicen obligaciones ya contraídas, como ocurre en la escritura calificada; por otro lado, las partidas de la cuenta han de quedar claramente determinadas, sin que puedan emplearse fórmulas genéricas, y, conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, debe constar también claramente que se constituye hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente y no bastan fórmulas imprecisas como sucede en la escritura de referencia. Que, por otra parte, y aun suponiendo que la incorporación en la cuenta lleve consigo novación de las obligaciones, queda al arbitrio de los Bancos la incorporación o no de las obligaciones a la cuenta y sólo respecto a las incorporadas es a las que se dice que se entregará el *título de crédito al deudor*. Esto supone la figura de la hipoteca flotante, denunciada por la Resolución de 23 de diciembre de 1987, y, por tanto, hay una discrecionalidad del Banco en la formación de las partidas, en lugar de quedar predeterminadas las partidas de la cuenta de modo fijo o claro, y de acuerdo con el principio de determinación; además, se trata de una cuenta corriente respecto a la que no se permite «disponer de la cuenta», y es que en relación con la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, es fundamental el convenio por el cual una de las partes pone a disposición de otra el derecho a disponer de una suma determinada hasta un tiempo también limitado; además, las partidas de la cuenta han de quedar determinadas, puesto que todo crédito que tenga otra causa que no sea la apertura de crédito en cuenta corriente, no puede quedar garantizado con hipoteca.

II. Segundo defecto:

Intereses de demora. Que los intereses de demora del 18 por 100 no han sido garantizados de modo específico e individualizado con una cantidad máxima por tal concepto, con diferenciación de los intereses ordinarios del 14,50 por 100. Que la necesidad de expresar dos máximos diferentes de responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y por intereses de demora resulta de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 20 de marzo y 23 y 26 de octubre de 1987.

III. Tercer defecto:

Obligaciones del hipotecante y derecho a copias. Que el recurrente nada dice al respecto, y, por tanto, hay que estimar que se consiente el defecto y no se interpone recurso gubernativo contra él.

IV. Cuarto defecto:

Vencimiento anticipado en caso de suspensión de pagos o concurso de acreedores. Que carece de trascendencia teórica y práctica haber incluido ese defecto en relación con el párrafo c) de la cláusula quinta de la escritura de constitución de hipoteca, autorizada el 8 de febrero de 1989, pues se trata de un defecto cometido por los interesados en la escritura del 7 de marzo de 1989.

El Notario autorizante informó: Que la escritura autorizada con fecha 8 de febrero de 1989 es una escritura de apertura de crédito en cuenta corriente, garantizada con hipoteca unilateral. Que la hipoteca de máximo en garantía de cuentas corrientes de crédito, es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, o en ambos casos a la vez, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios. De modo, que la fe pública del Registro sólo es aplicable al derecho real de hipoteca, mientras que el derecho de crédito queda sujeto a los preceptos del Código Civil y Mercantil. Por ello la obligación garantizada con la hipoteca es el saldo de la cuenta corriente de crédito, y, por tanto, no existe inconcreción de las obligaciones garantizadas por la hipoteca. Que tampoco existe inconcreción sobre la manera de determinar el saldo, ya que se acredita mediante certificación bancaria. Que la referencia que se hace en la escritura al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, en su relación con el 245 del Reglamento, pone, una vez más, de manifiesto que nos encontramos ante una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente de crédito; por ello no se tuvo en cuenta el artículo 238 del Reglamento, y que no se trata de una hipoteca en garantía de hipotecas futuras.

Que en cuanto al segundo defecto, hay que señalar que frente a las cuentas corrientes de crédito en que al cliente de la Entidad bancaria, dispone de talonario para la disposición de fondos, es habitual en el tráfico mercantil que el Banco otorgue al cliente un crédito que se caracteriza por las siguientes notas:

a) El cliente deudor, en virtud de los diversos contratos mercantiles que puede suscribir, debe cumplirlos en las fechas y condiciones pactadas, y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos el Banco tendría que proceder judicialmente contra su cliente.

b) Para evitar dicho efecto, y poder conceder al deudor un nuevo plazo para cumplir con sus obligaciones, el Banco confiere al cliente un crédito, por la cuantía máxima que estime suficiente y que se instrumenta mediante una cuenta corriente, que no implica necesariamente disposición de fondos, sino que en la misma se apuntan por una parte las cantidades debidas por el cliente, y por otra, las cantidades que en cumplimiento de los plazos acordados con el Banco en la cuenta corriente, el cliente viene obligado a satisfacer.

c) Conforme el cliente deja incumplidas sus obligaciones derivadas de los contratos mercantiles que suscribe con el Banco, éste liquida dichas operaciones y surge una nueva deuda, compuesta de principal más los intereses derivados de dichos contratos.

d) La nueva deuda así surgida se carga en la cuenta corriente y a partir de ese momento comienza a devengar los intereses que para la cuenta corriente de crédito se ha pactado en el contrato, y así se produce una novación de la obligación primitiva.

e) Finalizado el plazo de la cuenta corriente de crédito, resultará un saldo, que si no ha cumplido con sus obligaciones será negativo para el cliente, y este saldo hasta su completo pago sólo podrá devengar intereses de demora al tipo pactado, porque ya la obligación se halla vencida y es líquida y exigible, y los intereses ordinarios están incluidos en el saldo; y,

f) La hipoteca garantiza el saldo de la cuenta corriente, los intereses de demora y la cantidad que se presupuesta para costas y gastos.

AUTO PRESIDENCIAL

El Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en las alegaciones formuladas por éste en su informe y en las Resoluciones de 4 de julio de 1984, y 20 de mayo, 23 y 26 de octubre y 23 de diciembre de 1987.

REPLICA

El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

286

Vistos los artículos 1.857 del Código Civil, 9, 12, 104 y 142 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 29 de octubre de 1984, 23 de diciembre de 1987, 22 de marzo de 1988 y 26 de noviembre de 1990.

1. Al no haber sido impugnados los restantes defectos de la nota recurrida, la única cuestión a debatir en el presente recurso es la de si puede constituirse una hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, presentes o futuras, como ocurre, según estima el Registrador, en el caso debatido.

Debe tenerse en cuenta la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real de carácter accesorio que se constituye en garantía de una obligación determinada, a fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil), y de ahí la exigencia de su adecuada justificación (vid. artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario). No se precisa ciertamente que la obligación a asegurar tenga ya existencia jurídica; puede constituirse también en garantía de una obligación futura (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), pero no por ello queda comprometida su accesoriedad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica de la que derivara la obligación a asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria. La hipoteca no puede configurarse, pues, como la afección de todo o parte del valor en cambio

del bien gravado en favor de un determinado sujeto que de este modo obtendría una cobertura genérica que podrá aplicar a cualesquiera créditos que ostente o pueda ostentar en el futuro contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida.

Por otra parte y como ya declarara la Resolución de este Centro de 23 de diciembre de 1987, la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas, carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, cuando la misma no aparece como instrumento de una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente; ese saldo representará únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio; no procederá, por tanto la cobertura hipotecaria de ese saldo sino el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinan.

En el caso debatido, se pretende que la hipoteca, que unilateralmente se constituye, garantice el saldo que resulte de varias cuentas especiales abiertas en una serie de Bancos que se citan, hasta una cantidad máxima que para cada una de ellas se fija, las cuales se regirán por sus normas naturales, los usos del comercio bancario y las reglas que a continuación se fijan, de las que conviene destacar las siguientes:

«Se establece como fecha de determinación del saldo, el 30 de mayo de 1989 (la escritura se otorga el 8 de febrero, rectificada el 7 de marzo del mismo año), pudiendo cada Banco después cargar cualquier impago o descubierto posterior y se prevé la posibilidad de vencimiento anticipado»; se señala para la satisfacción del saldo un plazo de cinco años y se señala que las indicadas cuentas tienen como finalidad que el Banco cargue en ellas «todas las obligaciones que ostente contra determinada Entidad mercantil y tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos, de cualquier tipo, sin excepción alguna...». «La parte acreditada no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna con cargo a la cuenta sin perjuicio de ingresar en ella las cantidades que considere convenientes para disminuir el saldo en su contra...»

No puede decirse, por tanto, que la citada cuenta instrumente un contrato de apertura de crédito de cuyo importe pueda disponer libremente el beneficiario aunque sea para satisfacer y extinguir otras obligaciones que él determine entre las que tuviera contraídas con el concedente, y cuyo saldo definitivo sea por sí mismo exigible; se establece, además, que las cargas posteriores al 30 de mayo de 1989 no supondrán «prórroga ni novación, por lo que», quedan «sin perjuicio de los derechos y acciones que al Banco le correspondan por dicho incumplimiento», razones, todas, que impiden, asimismo, estimar la existencia de un contrato subyacente de cuenta corriente.

2. Este mismo defecto de estas mismas escrituras, la indeterminación de las obligaciones garantizadas, ya fue enjuiciado, en otro recurso contra la calificación de otro Registrador en la Resolución de 26 de noviembre de 1990, cuyos fundamentos son, asimismo, aplicables en el caso presente,

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador."

COMENTARIO

I. Síntesis de doctrina.

288

1. *No es inscribible una hipoteca unilateral en favor de varios bancos, en garantía del saldo que resulte de varias cuentas especiales, en las que se cargarán débitos presentes o futuros, hasta una cantidad máxima que para cada una de las cuentas se fija, a causa de la indeterminación de las obligaciones garantizadas.*

2. *La simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, cuando la misma no aparece como instrumento de una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente.*

3. *La hipoteca no puede configurarse como una afección de un bien en favor de un determinado sujeto que de este modo obtendría una cobertura genérica para aplicar a cualesquiera créditos que ostente o pueda ostentar en el futuro contra el constituyente.*

II. Planteamiento.

Las dos resoluciones que aquí se comentan tratan idénticos supuestos y, ambas también, adolecen de la misma carencia para su comprensión: no se recoge el clausulado de la escritura,

en su parte sustancial al menos. La Dirección General se limita a decir, en el considerando primero de la segunda resolución, que “la cuestión a debatir ... es la de si puede constituirse una hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, presentes o futuras”.

La respuesta a tal planteamiento, que ya está preconciendo el fallo, es evidentemente negativa, por la razón, que la propia Dirección General apunta, de ser precisa la identificación de la relación jurídica de la que derivará la obligación a asegurar, “y solamente si se produce su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria”. En esto estamos todos de acuerdo. Esta autonomía, sigue apuntado el Centro Directivo, existe cuando “hay una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente”.

El problema se traslada entonces a determinar cuándo existe tal “relación contractual subyacente”. De entrada parece que debería bastar la declaración de las partes en tal sentido. Si, cual en el caso de estas resoluciones, el título es unilateral, el reconocimiento del deudor debería ser bastante. Pero no es así, como lo demuestran estos fallos, en los que el recurrente y la notaria autorizante de las escrituras parecen ir por un lado, y los registradores y la Dirección General por otro.

Según el recurrente “se trata de un contrato de cuenta corriente de crédito, a cuya virtud la entidad bancaria se obliga por un tiempo fijo, a poner a disposición del hipotecante una suma de dinero, con facultad de reembolsarlo durante el tiempo fijado, con la facultad de disponer de él nuevamente, procediéndose a la liquidación de la cuenta a la llegada del término fijado, para determinar el saldo definitivo a restituir”. Si se tiene en cuenta que el recurrente no era el banco sino el propio deudor, convendremos que nadie mejor que él para saber si mediaba o no una relación contractual de apertura de crédito en cuenta corriente.

Según la notaria (Pilar Chofré, de Castellón) “el banco confiere al cliente un crédito, por la cuantía máxima que

estime suficiente (¿?) y que se instrumenta mediante una cuenta corriente, que no implica necesariamente disposición de fondos, sino que en la misma se apuntan por una parte las cantidades debidas por el cliente y, por otra, las cantidades ... que el cliente venga obligado a satisfacer". (Sorprende la frase "por la cuantía máxima que estime suficiente" pero, leyendo el fundamento 1.º,4, se observa que en él se alude a "varias cuentas especiales abiertas en una serie de bancos ... hasta una cantidad máxima que para cada una de ellas se fija"; luego sí que había determinación en este punto). Si la notaria autorizante alude en su informe a una (o varias) cuenta corriente de crédito es de suponer que en la escritura así se establecía.

Pero según los registradores (Ramón Abelló, de Martorell, y número 7 de Barcelona, José Manuel García García) no había apertura de crédito en cuenta corriente, criterio que es confirmado por la Dirección General tal como demuestran los términos literales del párrafo último del primer fundamento de la resolución de 1991 ("... razones, todas, que impiden, asimismo, estimar la existencia de un contrato subyacente de cuenta corriente").

¿Se estarían todos —recurrente, notario, registradores y Dirección General— refiriendo a la misma escritura? ¿Había de verdad una apertura de crédito, como aseguran el notario y el recurrente-deudor, o no había crédito, como afirman el registrador y el Centro Directivo? En principio no deja de sorprender que "todos los interesados" en la escritura reconocan la existencia de una relación contractual de apertura de crédito ... y que la Dirección General la niegue. Sobre todo cuando el propio Centro Directivo ha reconocido, en el considerando segundo de la resolución de 1990, que se garantizan obligaciones "sin más límite ... que el de provenir de operaciones propias del tráfico de los bancos y siempre que en un corto plazo hayan sido incorporados por el banco en *la cuenta, cuyo saldo será el garantizado y devengará ya propios intereses*". ¿Por qué no juega en este caso la doctrina que el propio Centro Directivo elabora sólo cuatro días después (Resolución

de 7 de octubre de 1991) en cuya virtud “es excesivo que el registrador siga inquiriendo sobre los requisitos de una obligación en cuya existencia están de acuerdo acreedor y deudor”? ¿Será la circunstancia de tratarse de una hipoteca unilateral lo que predispone a la Dirección?

Diferente hubiera sido que el Centro Directivo hubiera confirmado la nota por estar la relación mal constituida, o por falta de claridad en la escritura, pero no es ese el motivo. Basta leer el último apartado del fundamento 1.º: “No puede decirse ... que la citada cuenta instrumente un contrato de apertura de crédito de cuyo importe pueda disponer libremente el beneficiario aunque sea para extinguir y satisfacer otras obligaciones”.

Es decir, *la clave de estas resoluciones está en que la Dirección General parece negar que la prórroga concedida al deudor, respecto de varias deudas ya vencidas que “se unifican” a través de una cuenta, constituya una “nueva” operación de crédito.* Apreciación ésta con la que no se puede coincidir: porque si las deudas vencidas no se hubieran novado mediante su incorporación a la cuenta, entonces sí cabría negar la existencia de un nuevo crédito autónomo; pero, si tal novación se produjo, el nuevo crédito ha nacido y su saldo es susceptible de garantía mediante constituir una sola hipoteca.

¿Es esto último lo que quiso decir la Dirección? Quizá sí, aunque no es clara su doctrina. Ello provoca una cierta inseguridad en materia de hipotecas de máximo, lo que aconseja, a fin de intentar aclarar la materia, remontarse al antecedente próximo de estas resoluciones.

III. La Resolución de 23 de diciembre de 1987.

Los problemas en torno a este tipo de hipotecas (para inscribir las escrituras, seamos claros) arrancan de la Resolución de 23 de diciembre de 1987 (B.O.E. 1 de febrero de 1988), en la cual el Centro Directivo perfiló la hipoteca en garantía de cuenta corriente, como subtipo de la de máximo.

Como sabemos, la hipoteca de máximo "general" (art. 142 L.H.) exige la determinación de la obligación futura o condicional que se garantiza. Por ejemplo, concretar de qué letra o de qué aval se trata.

El problema surge cuando no puede producirse dicha concreción, por tratarse de una pluralidad de futuras obligaciones de imposible individualización. Es el caso, por ejemplo, de las hipotecas que pretenden garantizar el descuento de papel que se producirá durante un determinado lapso de tiempo. Es imposible describir todas las letras, porque muchas de ellas pueden incluso no estar giradas al tiempo de constituirse la hipoteca.

En estos casos, el principio de especialidad exige que todas esas operaciones de descuento individuales "se globalicen a través de una cuenta corriente", cuyo saldo es la cantidad líquida y exigible que será objeto de ejecución. Traducido a la práctica, esto significa que, en las operaciones de descuento de efectos futuros, es imprescindible canalizar todas las partidas a través de una cuenta corriente y constituir la hipoteca con las especificaciones del artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

Pero este sistema tiene un inconveniente derivado de la doctrina de la propia Resolución 23 de diciembre de 1987. En ella se dice "que las recíprocas relaciones de crédito pierden, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada, y son sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quién aparezca en la posición deficitaria". Esto supone para los Bancos un inconveniente pues, de llevar a sus últimas consecuencias la tesis de la Dirección General, se pierden los privilegios y preferencias, de fecha por ejemplo, de los títulos que han sido objeto de cargo en cuenta.

Precisamente, si algo discuten los mercantilistas en torno al contrato de cuenta corriente, es cuándo se produce la compensación y pérdida de individualidad de las diferentes partidas. Así, mientras un sector entiende que dicha pérdida de individualidad es "lenta y sucesiva", es decir, a medida que se van

produciendo los cargos (ésta es la tesis que acoge la Dirección General), otro sector, en cambio, considera que la pérdida de individualidad sólo se produce al cierre de la cuenta, que es el momento en el que el acreedor elige entre liquidar el saldo o prescindir de dicha liquidación y ejecutar (no hipotecariamente, por supuesto) los créditos individuales.

Como la Dirección General acoge la primera postura, no admite la típica cláusula que utilizan los Bancos según la cual “por la presente escritura, no se entienden novadas las obligaciones mercantiles derivadas de los títulos garantizados, por lo que el acreedor conserva la plenitud de sus derechos para el ejercicio simultáneo o sucesivo de tales acciones”.

Es decir, la postura jurisprudencial es la de que, si el Banco ha concedido un crédito, vía descuento, lo que puede ejecutar, por acción real o personal, es el saldo que arroje el crédito, no las diversas partidas de la cuenta, porque éstas ya se han pagado mediante, precisamente, el crédito cuyo saldo se ejecuta.

Luego, a efectos prácticos, habrá que distinguir: a) obligaciones presentes, b) obligaciones futuras determinables, c) obligaciones futuras no determinables, d) obligaciones presentes y futuras.

a) *Obligaciones presentes.* No plantean estas hipotecas ningún problema, es la típica hipoteca ordinaria o de tráfico.

b) *Obligaciones futuras determinables.* Tampoco deben plantear problemas estas hipotecas. Se constituyen al amparo del artículo 142 L.H., por el importe máximo que pueda alcanzar la obligación, sin necesidad de crear una cuenta. Recuérdese que es imprescindible concretar la obligación futura que se garantiza.

c) *Obligaciones futuras no determinables.* Es aquí donde está el problema, pues necesariamente han de canalizarse a través de una cuenta corriente, de acuerdo con el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Precisamente la cuenta corriente es la forma de “determinar la obligación global”, lo que permite cumplir con el principio de especialidad.

d) *Obligaciones presentes y futuras.* Son las que más problemas plantean, pues en ellas confluye la problemática de las hipotecas de tráfico (en cuanto a las obligaciones presentes) y las de seguridad o máximo (en lo relativo a las obligaciones futuras).

En principio hay que destacar que no es en absoluto recomendable garantizar con una sola hipoteca las obligaciones presentes y futuras, pues, dado que hay que canalizarlas a través de una cuenta, ello da lugar a que las obligaciones presentes (posiblemente ya ejecutivas) pierdan su individualidad y preferencia por fechas. Por ello lo recomendable en estos casos son dos hipotecas: una de tráfico para garantizar las obligaciones presentes y ya vencidas, y otra de máximo para garantizar las obligaciones futuras, las que, de no ser determinadas, se canalizarán a través de una cuenta cuyo saldo inicial será de cero pesetas.

294 Si, no obstante la recomendación anterior, se desea una sola hipoteca, habrá que canalizar las obligaciones presentes y futuras a través de una cuenta, haciendo constar que el saldo inicial de la misma o, lo que es igual, la primera partida de cargo, es la suma de X pesetas, equivalente al monto total de las obligaciones presentes ya vencidas, las cuales quedan renovadas por su incorporación a la cuenta.

IV. La Resolución de 26 de noviembre de 1990.

Hasta aquí la doctrina que parecía (sólo parecía) deducirse de la Resolución de 23 de diciembre de 1987. Pero llegó la Resolución de 26 de noviembre de 1990 e introdujo una cierta confusión al aceptar (al parecer, también) como buenas ciertas afirmaciones del registrador contenidas en la nota y en el informe.

El supuesto de hecho de esta Resolución (idéntico, como se ha dicho, al de la de 3 de octubre de 1991) puede concretarse del siguiente modo: Un sujeto debe dinero a varios

bancos por diversos conceptos. En esa situación los acreedores amenazan con ejecutar a menos que el deudor garantice la devolución. Comparecen todos ante notario y “el acreditado” constituye hipoteca en favor de los bancos, en garantía de las obligaciones ya asumidas (unas vencidas y otras no) y de cualesquiera otras que puedan contraerse en lo sucesivo, durante cierto período y hasta el límite máximo de X millones de pesetas.

Si la escritura se hubiera limitado a ello habría que estar conforme con el fallo final del Centro Directivo, pues se estaría creando una a modo de reserva de hipoteca en favor de ciertos acreedores, un privilegio genérico y, por ello mismo, indeterminado. Pero no podremos estar de acuerdo con la Dirección si, cual parece, todas esas obligaciones se canalizaron (“se novaron”) a través de una cuenta *cuyo saldo había de ser el objeto de la garantía*. Del primer considerando se deduce que sí se canalizaban todas las obligaciones a través de una cuenta (o de varias, una por banco) y esta misma impresión la confirma el fundamento segundo del fallo. El problema está en que la Dirección General, confirmando el parecer del registrador, estima que dicha cuenta no es bastante (y aquí surge la perplejidad) para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante. Las razones que llevan al Centro Directivo a esta conclusión son dos fundamentalmente:

a) que en el caso no había apertura de crédito en cuenta corriente, sino una reunión contable de diversas obligaciones o, como sigue el registrador en su informe, “una situación contable de cuenta corriente”;

b) que en la cuenta podía haber ingresos del deudor, pero éste “no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna”.

De donde resulta que la Dirección General parece contemplar con disfavor este tipo de hipotecas, algo así como una artimaña de los bancos en perjuicio de los restantes acreedores. Basta con ver el enfoque del Centro Directivo: no es una operación de crédito, dice, sino la concesión de espera “a cambio”

de hipoteca. Pero, ¿es acaso mejor provocar la insolvencia del deudor? ¿Acaso la espera en el cobro no supone, por definición, la concesión de crédito? Precisamente las ventas con espera en el cobro son las ventas “a crédito”.

La Dirección parece dar a entender que en las esperas, las hipotecas se elevan a la categoría de “contraprestación”, lo que, a los efectos del art. 153 L.H., las desnaturaliza; hasta el punto de que “no tratándose de aquellas operaciones bancarias respecto de las que el artículo 153 L.H. atribuye la posibilidad de pactar sobre los efectos bastantes de la certificación bancaria, recobran su eficacia las normas comunes que impiden que entre personas privadas quede roto el principio de la *aequabilitas*”.

No para ahí el disfavor. Recuérdesse que la Dirección General también parece hacer suyo el argumento del Registrador según el cual, en la escritura calificada, no habría una apertura de crédito en cuenta corriente, “sino una reunión contable de diversas obligaciones”, ya que en la cuenta podía haber ingresos del deudor pero éste “no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna”. No puede compartirse esta apreciación: cuando un banco concede un crédito en cuenta corriente, puede acordar con el cliente que las disposiciones de aquélla se rijan por el sistema de “talonario”, o que la cuenta quede exclusivamente destinada a cargar en ella determinados riesgos asumidos por el banco en beneficio de su cliente: descuento de papel normalmente. Esto es lo que, según parece, se estableció (o se pretendió establecer) en la escritura, sin que por ello el contrato de cuenta corriente de crédito se desnaturalice.

V. Conclusión.

Resulta pues que estas últimas Resoluciones, que podrían haber aclarado las grandes cuestiones que plantea la “financiación de la crisis”, lo que han hecho es introducir más

incertidumbre. En ambas Resoluciones los registradores argumentaban para denegar que “tampoco se pueden mezclar obligaciones presentes con obligaciones futuras”. No sé qué alcance se pretendió dar al verbo “mezclar” en la nota, pero LO QUE SÍ SE PUEDE, por supuesto que sí, ES CANALIZAR obligaciones vencidas y no vencidas, presentes, pasadas o futuras, A TRAVÉS DE UNA CUENTA DE CRÉDITO (con la subsiguiente novación de cada una de las partidas), CUYO SALDO AL CIERRE PODRÁ SER OBJETO DE GARANTÍA HIPOTECARIA CON ARREGLO AL ARTÍCULO 153 de la L.H. *Que haya o no mezcla es indiferente, habiendo cuenta.*

Ejemplo: el comerciante “A” canaliza las operaciones de descuento de papel a través del banco “X”. En el día de hoy debe al banco cinco millones de pesetas como consecuencia de fallidos comerciales y tiene un riesgo “vivo” de cinco millones más como consecuencia de descuentos ya efectuados pero no vencidos. El comerciante “A” llega a un acuerdo con el banco en cuya virtud éste le concede crédito por importe de 25 millones a dos años, cuyo crédito se destinará exclusivamente a atender descuentos de papel durante ese plazo (por lo tanto abarcará letras que hoy ni tan siquiera existen) y cuya primera partida será el cargo de diez millones de pesetas actualmente debidos (cinco por fallidos y cinco por riesgo vivo).

A esta cuenta, obviamente, *sólo* se cargarán los descuentos comerciales (y no por ello deja de ser cuenta), a la par que se abonarán los importes de la letras a medida que sean atendidas por los aceptantes a su vencimiento.

Cabe imaginar otro ejemplo más sencillo: el comerciante “B” debe a su banco cinco millones de pesetas, suma ya vencida; llega a un acuerdo de refinanciación en virtud del cual el banco le aplaza la ejecución por dos años “a cambio” (por utilizar la expresión del Centro Directivo) de que se le garantice la deuda con hipoteca. Así pues el banco abre al comerciante “B”, con fecha de hoy, un crédito por importe de cinco millones, que inmediatamente se utiliza para saldar la

antigua deuda. El saldo del nuevo crédito, instrumentado en cuenta corriente, se garantiza con hipoteca.

Parece claro que este tipo de “mezclas” o “prórrogas a cambio de hipoteca” han de ser asumidas por nuestro sistema hipotecario, sin resentirse en absoluto sus principios.

En la segunda parte de la Resolución de 26 de noviembre de 1990, el Centro Directivo estima posible garantizar los intereses con independencia del saldo de la cuenta. Constituye esto una de las obsesiones en ciertas calificaciones relativas a hipotecas de máximo, por entender que en ella sólo cabe garantizar una suma globalizadora de todos los conceptos. La Dirección General deshace esta confusión, si bien se limita a decir que cabe garantizar, por separado, los intereses que devengue el saldo de la “cuenta cerrada”. La expresión no es exacta, pues cabe garantizar, tanto los intereses que devengue la cuenta tras su cierre, como los intereses devengados constante su vigencia, si estos exceden del límite máximo de la misma, pues en otro caso quedan capitalizados. Ejemplo: Al acreditado se le concede un límite de disposición de diez millones de pesetas, a reintegrar en un año, al tipo de interés del quince por ciento anual, pagado por trimestres vencidos. Si al día siguiente de la concesión, el acreditado retira los diez millones de pesetas, al cierre la deuda ascenderá a 11.500.000 pesetas (10 por principal, y 1,5 por intereses —prescindiendo de las complejidades del interés compuesto y de las penalizaciones por excedidos o mora—), habiéndose generado todos los intereses constante la vigencia de la cuenta. Carecería de sentido que estos intereses no pudieran garantizarse con la hipoteca.

Resuelve finalmente el Centro Directivo que es posible “englobar costas y gastos en una sola cantidad garantizada”. Esto es, resuelve que es lícito lo que, desde siempre, se viene haciendo en todas las hipotecas.

Tomás Giménez Duart
Notario

RESOLUCIONES DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL

PRIMER SEMESTRE DE 1992 (1)

ADOPCION: Resolución 14-5-92

301

La adopción en el Derecho Internacional Privado español se regula en el artículo 9.5 del Código Civil. Dicho precepto es de una gran versatilidad práctica puesto que permite que adopciones realizadas ante autoridades extranjeras en las que no se hayan tenido en cuenta los requisitos de consentimiento exigidos por la Ley española, sean inscribibles en el Registro Civil español, prestando tales consentimientos con posterioridad. Ahora bien, es necesario que la institución extranjera sea susceptible de ser calificada como adopción desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento.

Por ello, se señala en esta Resolución que una "adopción" realizada ante autoridades marroquíes no es inscribible, ya que no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Ordenamiento español puesto que:

(1) Las Resoluciones de la DGRN relativas a la nacionalidad y estado civil se dictan en trámite de recurso contra la calificación de los Jueces Encargados de los Registros Civiles. Su publicación se realiza en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, con un retraso aproximado entre dos y tres meses desde la fecha de la Resolución; es por ello que no se da la referencia a dicha fecha de publicación pues el retraso supondría que no pudieran recogerse hasta un número posterior de la Revista; dado que, posteriormente, se publican íntegras en el Anuario de la Dirección General con el solo dato de la fecha de su firma, sin referencia a la de su publicación, será de esta manera como queden exclusivamente identificadas.

Del gran número de Resoluciones dictadas en el primer semestre de 1992 se reseñarán únicamente aquellas que puedan tener algún tipo de interés desde una perspectiva notarial.

no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados, no implica alteración del estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención. No obstante, aunque no sea inscribible, puede practicarse una anotación conforme al artículo 154.3.º del Reglamento del Registro Civil (con unos efectos mucho más limitados que la inscripción) pues la figura envuelve una situación personal de prohijamiento o acogimiento.

DEFUNCION: Resolución 28-4-1992

Supuesto de hecho: Se solicita la *rectificación de unas inscripciones de defunción practicadas en 1921 y 1936, para que se haga constar que los nombres propios de los hijos dejados por los difuntos son otros de los que figuran en los respectivos asientos.*

Por parte de la DG se pone de manifiesto: a) Que la circunstancia respecto de los nombres de los hijos en la inscripción de defunción ya no está prevista en la legislación del Registro Civil que entró en vigor el 1 de enero de 1959. b) Que “en cualquier caso debe tenerse presente el escaso valor que tienen las circunstancias que se quieren rectificar en cuanto que no quedan cubiertas con la fe que proporciona la inscripción de defunción (cfr. art. 81 LRC), de tal modo que *cualquier órgano puede decidir, sin incurrir por ello en contradicción con la fe registral, que los hijos que sobrevivieron a los difuntos fueron otros de los nominalmente designados*”.

El interés de esta Resolución está en relación con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuyendo a los Notarios la tramitación de actas de notoriedad para determinar los herederos abintestato en determinados casos (nuevo artículo 979).

Si se tiene en cuenta cual es el alcance probatorio de la inscripción de defunción (hace fe de la muerte, fecha, hora y lugar; art. 81 LRC), la certificación de la misma sólo servirá para justificar la apertura de la sucesión (junto con el certificado del Registro de Ultimas Voluntades justificará la apertura de la sucesión intestada). Para acreditar documentalmente la relación de parentesco será necesario presentar el libro de familia del causante (su valor es a todos los efectos el de certificación del contenido del Registro Civil; cfr. art. 36 del RRC) o las certificaciones correspondientes del Registro Civil acreditativas del matrimonio (art. 69 LRC) y de las filiaciones de los hijos (art. 41 de la LRC).

DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD: Resoluciones 4-2-92 y 3-6-92

Supuestos de hecho: a) Una persona extranjera contrae matrimonio con española; en la inscripción de dicho matrimonio en el Registro Civil español

se hace constar erróneamente que es de nacionalidad española y *se le documenta como español dándole el DNI*.

b) A un nacido en Guinea Ecuatorial en 1944, que en su día no optó a la nacionalidad española con arreglo al Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, erróneamente se le *ha concedido y renovado el DNI*.

La DG aplica en estos supuestos la doctrina que se ha venido manteniendo desde una Resolución de **18 de mayo de 1990**. De acuerdo con la misma, es cierto que la Disposición Adicional 1.^a del Real Decreto 1245/85 de 17 de julio (sobre el DNI), establece que, salvo prueba en contrario, el DNI sirve para acreditar la nacionalidad española del titular, pero también es cierto que esta presunción no es absoluta pues puede quedar desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente; su ámbito de aplicación está limitado al de los procedimientos administrativos y no rige ante el Registro Civil por ser materia de Derecho privado en la que se aplican supletoriamente las leyes procesales. Por lo tanto, el hecho de que el interesado haya sido considerado por la Administración erróneamente como español podrá surtir otros efectos (por ejemplo, considerar que se tiene residencia legal) pero no el de que sea aplicable la consolidación de la nacionalidad española establecida en el artículo 18 del Código Civil.

Con esta doctrina se intenta poner límites a lo que no es sino una clara invasión de la legislación gubernativa y policial dentro del ámbito del Registro Civil, ya que la afirmación que se contiene en la Disposición Adicional primera del Real Decreto de 17 de julio de 1985, sobre el DNI, en el sentido de que salvo prueba en contrario, sirve para acreditar la nacionalidad, si no es interpretada como lo hace la Resolución comentada, habría que entender que se trata de una norma nula por vulnerar el principio de jerarquía normativa puesto que va en contra de lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Registro Civil. Este punto de vista no queda desvirtuado por la reciente Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (la llamada "Ley Corcuera"), puesto que aunque en el artículo 9 afirme que el DNI tendrá por sí solo suficiente valor para acreditar la identidad de las personas, nuevamente hay que entender que ello será en procedimientos extraños al estado civil pues su específica prueba corresponde al Registro Civil, máxime si se tiene en cuenta que los datos del DNI se toman de una certificación especial expedida por dicho Registro (cfr. Orden de 20 de julio de 1989).

El interés de esta problemática radica en que el DNI se ha convertido en un instrumento clave para la identificación de los comparecientes ante el Notario, solventando con su utilización el discutible tema de la fe de conocimiento; un claro ejemplo lo tenemos en la nueva redacción dada al artículo 696 del Código Civil por la Ley de 20 de diciembre de modificación del mismo en materia de testamentos. Pero aunque la actuación notarial no es encuadrable dentro del procedimiento administrativo, ello no quiere decir que el Notario tenga que pedir además del DNI otros documentos distintos para acreditar los datos que consten en el mismo; ya una Resolución de la Dirección General

de 7 de diciembre de 1989 (dictada en recurso planteado contra la calificación de un Registrador Mercantil) así lo estimó y esta postura aparece reforzada por el artículo 9 de la Ley Orgánica de 21 de febrero. La insuficiencia de dicha documentación para probar los datos de identidad de las personas, hay que entenderla limitada al ámbito registral civil. No obstante, es evidente que si el documento que el Notario vaya a autorizar está en relación con cuestiones de identidad de los interesados, las cuales en el mismo documento pueden quedar en entredicho, el DNI no puede ser considerado como suficiente y tiene sentido el mantenimiento de las precauciones del párrafo 2 del artículo 187 del Reglamento Notarial.

Cuando no se trate de datos relativos al estado civil de las personas el citado artículo 9 de la Ley Orgánica de 21 de febrero tiene una más clara significación. Por ello, ha de entenderse que el DNI es suficiente para acreditar cual es el último domicilio en España de un causante respecto del cual es necesario tramitar un acta notarial de declaración de herederos, conforme al artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción dada por la Ley 10/1992.

EMANCIPACION: Resolución de 2-1-92

304

Supuesto de hecho: Se presenta a inscripción en el Registro Civil una escritura pública de emancipación cuando el emancipado ya ha cumplido la mayoría de edad.

La DG entiende que la escritura es inscribible puesto que no hay ningún tipo de plazo para practicar la inscripción de la emancipación y siempre existe el interés de la debida concordancia entre el Registro Civil y la realidad, aparte de que puede convenir el acreditar un estado civil pasado.

Pero sobre todo conviene destacar que esta Resolución aprovecha la ocasión para recomendar, indirectamente, una práctica notarial, cual es el que en la copia se haga constar expresamente que en la matriz se ha puesto nota de que el Notario ha enviado testimonio o copia de la escritura al Registro Civil, bastante para la práctica de la inscripción. La razón de la conveniencia de esta práctica se encuentra en que la prueba del estado civil corresponde al Registro Civil (art. 2 de la Ley de Registro Civil), y sólo a falta de inscripción se admiten otros medios de prueba, siempre y cuando previa o simultáneamente se haya instado la inscripción omitida. Por ello en la Resolución de **14 de mayo de 1984** (dictada en recurso gubernativo en materia de Registro de la Propiedad), expresamente se dijo: "la escritura de emancipación no es suficiente prueba hoy del cambio de estado civil que refleja, sino que debe ir acompañada de la justificación de haberse instado ya, antes de la presentación en el Registro de la Propiedad, la inscripción omitida en el Registro Civil, lo cual, aparte de por otros medios, puede ser acreditado mediante la propia escritura si es que su copia recoge, como es tan frecuente en la práctica notarial, la nota extendida

en la matriz relativa al hecho de haber enviado el Notario por sí mismo al Registro Civil el testimonio o copia bastante para la inscripción en este último Registro.

FILIACION: Resolución 29-4-92

Se trata de un supuesto de reconocimiento de filiación materna no matrimonial. La peculiaridad estriba en que la madre reconoció a la hija durante la minoría de edad de la misma, pero no se cumplieron los requisitos del artículo 124 del Código Civil. Al llegar a la mayoría de edad, la hija presta expresamente su consentimiento a aquel reconocimiento, con lo que el mismo se entiende que alcanza plena eficacia.

Pero lo importante son los efectos que de ese reconocimiento se pueden derivar. Aunque dicho reconocimiento voluntario no ha sido eficaz durante la minoría de edad de la reconocida, no por esto se puede concluir que no existiera durante dicha minoría de edad de la hija relación válida de patria potestad entre ella y la madre. La DG entiende que dicho vínculo existe porque: el reconocimiento vinculó a la madre, la cual ya no pudo retractarse de su declaración; la patria potestad no es un efecto incompatible con la retroactividad que tiene la determinación legal de la filiación (art. 112 del Código Civil); estaba acreditada la posesión de estado, y no hay otra filiación contradictoria acreditada.

305

NACIONALIDAD

La modificación del Código Civil por Ley de 17 de diciembre de 1990 hace que sean numerosas las cuestiones que en materia de nacionalidad se plantean. Como más interesantes son destacables las siguientes:

Resoluciones de 13-1-92 y 23-3-92: es español el hijo de peruanos nacido en España. Con ello se evita una situación de apatridia (artículo 17.1.c) del Código Civil y artículo 7 del Convenio de los Derechos del Niño, de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España en el BOE de 31 de diciembre de 1990).

Resolución de 23-1-92: La opción a la nacionalidad española por estar sometido a la patria potestad de una persona española, ejercitada por el representante legal del menor de catorce años, debe hacerse por ambos padres y no puede prescindirse del consentimiento de uno de ellos aunque hubiere manifestado (en un curioso documento realizado ante Notario de la República Dominicana) que entregaba la guarda y tutela a la madre por carecer de medios económicos suficientes.

Resolución de 4-2-92: El artículo 18 del Código Civil (consolidación de la nacionalidad española por la posesión y utilización continuada durante 10 años) no es aplicable a quien erróneamente está documentado con DNI pues falta el requisito de "título inscrito en el Registro Civil". Tampoco se considera que sea título inscrito del que se derivaría la nacionalidad la mención errónea en la inscripción de matrimonio de que se ostenta la nacionalidad española (V. el comentario realizado a propósito del DNI).

Resolución de 31-3-92:

Supuesto de hecho: Se trata de un caso muy curioso; una mujer de nacionalidad española casó con extranjero cuando dicho matrimonio suponía la pérdida de nuestra nacionalidad (antes de la reforma por Ley de 2 de mayo de 1975). A los cinco meses de la celebración del matrimonio nace un hijo. La cuestión es la siguiente, ¿se aplica el artículo 29 del Código Civil y al concebido se le tiene por nacido al efecto de considerarlo como hijo de española? (téngase en cuenta que durante cuatro meses de gestación, aproximadamente, la madre era todavía española). Así lo ha entendido la Resolución aunque ha intentado dejar el tema circunscrito a la anterior normativa.

Resolución 8-5-92:

Para probar la nacionalidad española no es suficiente el solo hecho de estar inscrito en el Registro de Matrícula de españoles de un Consulado. Dicho Registro no puede prevalecer contra la fuerza probatoria del Registro Civil dentro de su ámbito (art. 2 LRC) y contra la conclusión contraria que se extrae de la aplicación de las leyes sobre la materia.

NOMBRE PROPIO

El mayor número de Resoluciones se ha producido sobre este tema, especialmente sobre la admisión o no de nombres extranjeros y de hipocorísticos o diminutivos. Parece existir una cierta "presión social" que llevará a la necesidad de modificar la actual normativa (especialmente el artículo 54 de la Ley de Registro Civil y 192 del Reglamento) para hacerla más permisiva.

PATRIA POSTESTAD

Resolución de 22-1-92: El cambio de nombre propio del hijo menor de edad no puede hacerlo sólo la madre sino que hay que contar también con el consentimiento del padre si es cotitular de la patria potestad.

Resolución de 23-1-92: Para ejercer la opción a la nacionalidad española de un menor sometido a patria potestad, es necesario que la solicitud la realicen ambos titulares. No es bastante para que se prescinda de la intervención del padre un documento ante notario dominicano en el que el padre afirma que por atravesar una mala situación económica entrega la guarda y tutela de la hija a la madre, pues de ello no se desprende el cese de la representación legal del padre (V. esta misma Resolución en Nacionalidad).

Resolución de 31-3-92: (V. en Nacionalidad el supuesto de hecho). Además del problema del artículo 29 del Código Civil en relación a la nacionalidad, esta Resolución está a punto de entrar (aunque al final lo elude) en el espinoso tema de si existe patria potestad durante la concepción a pesar de que no se haya producido todavía el nacimiento. La cuestión es muy discutible, pero por lo menos parece que habría argumentos para entender que determinados deberes serían ya exigibles (cfr. art. 154 del Código Civil) más allá de la cuestión puramente patrimonial que específicamente contempla el Código (art. 627, por ejemplo).

Resolución 29-4-92: La patria potestad puede existir aunque el reconocimiento de filiación que le sirve de base no haya cumplido todos los requisitos (V. filiación).

Resolución 25-5-92: La facultad de imponer el nombre del nacido es una de las que integran la patria potestad y por lo tanto, en principio, ha de ejercitarse conjuntamente por ambos progenitores. Pero si existe separación entre los padres (en este caso se han solicitado las medidas provisionales y se ha confiado la hija a la madre), al ejercer la patria potestad el progenitor que conviva con el hijo, solo él está legitimado para imponer el nombre propio. Si no existiere separación y ambos padres no se pusieren de acuerdo sobre el nombre propio, el Juez ha de limitarse a atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre, pero no puede imponer un nombre distinto de cualquiera de los dos sugeridos.

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad

A) Informes y comunicaciones

LEY DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO, DEROGADORA DE LA COMPILACION VIGENTE

Se reproduce por su interés la Nota de la Comisión
de Información del Colegio Notarial de Bilbao

311

«Ley de 1 de Julio de 1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco.

Recoge todo el derecho civil del País Vasco en tres libros: el primero, relativo al derecho civil de Vizcaya, el segundo relativo al derecho civil foral de Alava, y el tercero al derecho civil foral de Guipúzcoa.

El más extenso, como es lógico, es el Libro Primero, del que cabe destacar los siguientes puntos:

1. Fuentes del Derecho Foral

Publicada la Compilación de 1959 (que sólo hacía referencia a la aplicación supletoria del Código Civil en su Disposición

Final Segunda), el orden de prelación de fuentes en el Infanzonado, como sabemos, era el siguiente:

1.1. Leyes generales de aplicación uniforme a todo el territorio nacional —anteriores o posteriores a la Compilación— en cuanto fueran compatibles con ésta.

1.2. Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava.

1.3. Derecho Civil Común (Código Civil, completado por las fuentes de su art. 1.º).

La nueva Ley —siguiendo la tendencia de otras como la catalana de 20 de marzo de 1984, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña— modifica el sistema de fuentes del Derecho Civil Foral, recuperando el criterio sentado por el proyecto de Ley de Bases de 1885 del conservador Silvela, que —para contentar a los foralistas— respetaba el derecho supletorio propio de cada uno de los países forales, aplicando el Código Civil sólo en defecto de aquél. Se siguen por el legislador foral, dos criterios:

— Los órganos legislativos de las comunidades autónomas tienen competencia para legislar en materia de fuentes. Así debe ser interpretada la “excepción de la excepción” del art. 149.1.8 “in fine” de la Constitución Española. Entender —como han hecho DÍEZ PICAZO y GULLÓN— que sólo debe “conservarse, modificarse y desarrollarse” lo que ya existe, y que —por tanto— las comunidades en cuyas compilaciones no se recojan normas específicas sobre la materia no pueden legislar al respecto, abocaría a una diferencia de trato entre países forales inadmisibles, en favor de las que sí la regulan al entrar en vigor la Constitución.

— Como consecuencia de lo prevenido en el artículo citado de la Constitución (que se impone al caduco art. 13 del Código civil), el legislador autonómico no puede establecer un derecho supletorio distinto de nuestro Código civil, pero sí puede reducir la aplicación de las reglas del mismo en el ámbito de la competencia exclusiva de la Comunidad. Para ello le basta con legislar, como hace ahora. Así, resolviendo la vieja controversia de si lo aplicable con preferencia al Código es sólo la

Compilación o, además, todo el sistema de fuentes previsto en la misma, se decide que tras la letra de los preceptos de la Compilación se aplicarán los principios generales del Derecho Foral, al igual que ocurre en Cataluña y Navarra.

De esta manera, y conforme al art. 1.º de la Ley que comentamos, la nueva prelación de fuentes es la siguiente:

- a) Ley del Derecho Civil del País Vasco.
- b) Costumbre vasca.
- c) Principios generales del Derecho Foral.
- d) Todos ellos integrados por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
- e) Y, sólo en defecto de las fuentes anteriores, el Código civil, en tanto en cuanto no se contraponga a los principios generales del Derecho Foral.

2. Ambito territorial de aplicación

313

La Ley recoge en su art. 10 la posibilidad de que los municipios que hoy tienen la consideración de “villas” puedan acogerse al fuero, cumpliendo estos cuatro requisitos:

- Acuerdo de la Corporación Municipal.
- Audiencia de las Juntas Generales de Vizcaya.
- Aprobación de los vecinos de la localidad.
- Y aprobación por Ley del Parlamento Vasco.

La posibilidad que analizamos, dado el tenor literal del citado art. 149.1 de la Constitución Española (“el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”) parece de dudosa constitucionalidad, ya que la aplicación del Derecho civil foral o especial en territorios en los que no se aplicaba cuando entró en vigor la Constitución —en este caso las villas— puede suponer una ampliación del ámbito territorial no permitida por la legalidad vigente.

ARCE JANARIZ se inclina por pensar que las normas que delimitan el ámbito espacial de los derechos forales no quedan fuera de la competencia autonómica siempre y cuando no suplanten las normas del Código civil, es decir, mientras no introduzcan un factor de interregionalidad. En el peculiarísimo caso del legislador vasco, que contempla dentro de su propio territorio autonómico dos regímenes jurídicos distintos —villas e infanzonado—, ¿puede hablarse de la existencia de dicho factor?

En favor de la constitucionalidad del precepto que comentamos milita el art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que atribuye la competencia para la “fijación del ámbito territorial de su vigencia” (la del Derecho Civil Foral o especial) a los organismos autonómicos. La interpretación que permite extender el ordenamiento de una zona a otra que lo tiene también propio choca, sin embargo, con el art. 37 del mismo estatuto, que señala que lo dispuesto en el mismo “no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico... de los regímenes privativos de los territorios históricos”. Aun pensando para el derecho público, el precepto puede valer para el privado.

A fin de evitar que en el futuro se reproduzcan, en relación a la delimitación concreta del territorio de las villas, los problemas planteados por las sucesivas anexiones y desanexiones, se acude, a un criterio puramente urbanístico (arts. 7, 8 y 9 de la Ley).

3. Troncalidad

Se define la troncalidad, sus elementos y efectos, limitando los más radicales.

Elementos:

a) *Personales*:

— Se incluye a los hijos adoptivos entre los parientes tronqueros.

— Los derechos derivados de la troncalidad se atribuyen a todos los vizcaínos (es decir, a todos aquellos que tengan vecindad civil en Vizcaya), y no sólo a los aforados.

— La pérdida de la vecindad civil vizcaína no implica la pérdida automática de los derechos y deberes derivados de la misma.

— La disposición a título gratuito de bienes troncales en favor de no tronqueros es nula de pleno derecho.

b) *Reales:*

— La propiedad de los bienes raíces sitos en el infanzonado es troncal.

— Se definen los bienes raíces apartándose (al contrario de lo que ocurría en la legislación derogada) de la definición del art. 334 del Cc. (art. 19).

— Se excluyen, lo que venían demandando la práctica habitual y los frecuentes abusos, los derechos de preferente adquisición y de saca foral en las transmisiones de bienes situados en suelo urbano.

4. **Sucesiones**

a) *Testamento por comisario.*

Se le da una nueva regulación. Los vizcaínos no aforados pueden otorgar testamento por comisario, lo que es claramente contrario al art. 670 del Código civil. Obviamente, se rozan los límites de la constitucionalidad del precepto. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Fines: Crear un fuerte derecho de viudedad y atender a la organización de la familia.

Principios:

— Seguir la tradición de consignar en capitulaciones el nombramiento de comisario (tradición de vigencia más que discutible).

— Se actualiza su contenido.

- Se refuerza la posición del cónyuge comisario.
- Y se tiende a evitar desmembraciones antieconómicas del patrimonio.

Novedades consuetudinarias:

— Se dota al causante de amplia competencia para el nombramiento de comisario, y se posibilita dicho nombramiento en pacto sucesorio.

— Se garantiza la legalidad del nombramiento exigiendo la intervención de Notario.

— Se equipara la capacidad para el nombramiento del comisario a la del causante.

— Se impone al comisario la obligación de realizar —en el plazo de 6 meses a contar desde el fallecimiento del que le nombró— un inventario preciso del caudal relicto.

316 Se posibilita que —en determinadas condiciones— se adjudique a sí mismo el comisario algunos bienes del caudal relicto.

— Se regula ex novo la representación de la herencia yacente.

— Se detalla por vez primera la obligación de prestar alimentos y la del comisario de promover —en su caso— la tutela y curatela de los hijos y descendientes del causante.

— Se regula el ejercicio del poder en caso de ser varios los comisarios.

— Se amplía el plazo de ejercicio del poder, admitiendo, de acuerdo con la más reciente tendencia jurisprudencial, y en línea con la normativa vigente con anterioridad a la Compilación, el plazo indefinido o por la vida del comisario.

— Se posibilita, conforme venía demandando la práctica habitual, el ejercicio en varios actos del poderoso.

— Se recogen los modos de extinción del poder.

b) *Testamento “il buruku”.*

— Se recogen el plazo de adverbación y el de caducidad, a la vez que se impone su protocolización notarial, una vez averado judicialmente.

c) *Testamento mancomunado.*

Se procura la solución del mayor problema planteado en los territorios en que rige: su irrevocabilidad. La Ley de Vizcaya la limitaba mucho, ya que sólo se mantenía si alguno de los otorgantes fallecía dentro del año y día siguientes al del otorgamiento. Hoy, ese plazo afecta sólo a los actos de disposición sobre bienes comunes.

La eficacia de la revocación unilateral exige —por otra parte— su notificación fehaciente al otro cónyuge.

Conviene estar atentos al art. 13, que contempla la posibilidad —contraria al art. 670 del Código civil— de que los vizcaínos no aforados otorguen testamento mancomunado. ¿Motivará recurso de inconstitucionalidad?

Frente a la restrictiva opinión que considera al Derecho Foral como un simple conjunto de reglas de excepción respecto de un Derecho Civil común representado por el Código, entendemos que debe sostenerse que —tras la entrada en vigor de la Constitución— una ley de la comunidad autónoma tiene el mismo valor que las leyes estatales, a las que puede (mientras no sean orgánicas) dejar sin efecto. En consecuencia, la comunidad puede sustituir por leyes propias cualquier artículo del Código civil, que es una ley ordinaria. Buena prueba de lo afirmado la constituye la escasa virtualidad hoy reconocida por la mayoría de la doctrina (que llega a hablar de su “derogación tácita”) al art. 13 del Código civil, que ya no limita la competencia autonómica, puesto que el marco de la misma viene detallado por el art. 149 de la Constitución. En definitiva, se puede no sólo modificar la Compilación, sino también dictar normas sobrepuestas a las del Código, dejando éstas sin vigencia dentro del territorio autónomo. Apoyan estas consideraciones las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1981, en las que —además de la negativa a aceptar como marco del desarrollo posible de los derechos civiles autonómicos las instituciones ya existentes plasmadas en las Compilaciones— se sostiene, entre otras cuestiones, que “las Comunidades Autónomas podrán desarrollar el derecho hoy vigente acomodo-

dándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código Civil”, llegando a afirmarse que, hasta donde lleguen los principios informadores del peculiar Derecho Foral, llega la competencia legislativa de las comunidades. De manera tal —habrá que concluir— que si dichos principios recogían el testamento mancomunado dentro del ámbito de la Comunidad Vasca, su rescate del olvido por la nueva Ley es perfectamente factible.

d) *Sucesión forzosa.*

— Se reduce la cuota de los ascendientes a la mitad.

— Se resuelve el tema de la posibilidad de la institución de los nietos, viviendo los padres, a quienes se aparta, afirmativamente (posibilidad ya recogida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Sentencia del 31-10-1990).

318

— Derechos del viudo:

- Carece de ellos en caso de separación por causa al mismo imputable o divorcio.

- Le corresponde el usufructo de la mitad del caudal si concurre con ascendientes o incluso con descendientes.

- Se le atribuye al usufructo de 2/3 de la herencia si concurre con colaterales.

- Se le antepone a los colaterales, al igual que en el Código civil.

- Sólo en último término su cuota puede recaer sobre bienes troncales, admitiéndose en tal caso la conmutación por un capital.

- El derecho de usufructo del cónyuge se extingue por ulteriores nupcias, unión marital de hecho, o por tener un hijo no matrimonial, salvo dispensa —en este caso— del testador.

- Se permite legar al cónyuge el usufructo de la totalidad de los bienes.

- Se simplifican las formalidades del testamento (se suprimen los testigos, salvo en los casos previstos expresamente por

la Ley), y del apartamiento, para el que no se exige fórmula expresa.

- Se regula el derecho de alimentos de los descendientes.
- Se recoge asimismo una regulación detallada del cálculo de la legítima, así como la computación y colación de donaciones, a fin de evitar la aplicación supletoria del Código civil en la materia.

e) *Sucesión intestada.*

— Se suprime la distinción entre las clases de hijos.

Derecho de representación: Se extiende a la línea colateral, pero sólo para el caso de concurrencia de hermanos con hijos de hermanos (antes sólo se daba en la línea recta descendente).

— A falta de parientes (colaterales en línea recta) del cuarto grado, heredará la Diputación Foral.

En los bienes no troncales suceden ambos padres o el que de ellos sobreviva. Sólo en defecto de ambos se reparten los bienes entre las dos líneas (antes de la reforma se repartían siempre los bienes entre las dos líneas, aunque sobreviviera sólo uno de los padres).

f) *Pactos sucesorios.*

Constituye una regulación de nuevo año. Se regula la forma de sucesión contractual, que es el sistema más frecuente de transmisión del caserío.

— Forma:

- Capitulaciones matrimoniales, donación universal (con transmisión de bienes de presente o post mortem) o singular.

Se exige el otorgamiento de escritura pública.

Se regulan: los efectos del pacto (revocación de las disposiciones testamentarias anteriores sobre los propios bienes); sus causas de revocación y resolución, así como la transmisión de la titularidad de los bienes y la disposición futura de los mismos.

— Se detalla la asociación familiar entre donantes y donatarios.

g) *Reservas.*

— Se recoge la del art. 811 del Código civil, limitándola a los bienes no troncales.

Se recoge asimismo la relativa a los bienes ganados durante el matrimonio.

La de los bienes percibidos a título gratuito de un hijo, en caso de nuevas nupcias del padre o de tener éste un nuevo hijo, a favor del transmitente, sus hermanos de doble vínculo o descendientes de ambos.

— Se regula la relativa a los bienes ganados durante el matrimonio.

— También la de los bienes troncales recibidos del cónyuge premuerto al disolverse la comunicación.

— Y la de los bienes donados o dotados para un matrimonio.

Se recoge una reserva paralela a la del art. 968 del Código civil para bienes no troncales.

Finalmente, se admite que el reservista pueda designar sucesor entre los reservatarios.

h) *Reversión.*

Se regula el derecho a reversión en los bienes no troncales de una manera idéntica a la que lo hace el art. 812 del Código civil, y el de los bienes donados con cargo a alimentos.

i) *Régimen económico matrimonial.*

Mantiene —en líneas generales— la nueva ley el sistema vigente, acercando en muchos aspectos su regulación a la del Código civil. Conviene recordar —no obstante, que, como tiene señalado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 21-6-1991, el consentimiento exigido por el art. 99 de la Ley no es el mismo que el que exige el Código civil para los actos de disposición de bienes gananciales, o sea, un mero asentimiento, sino que debe estar prestado por ambos cónyuges en igualdad de rango, razón por la cual el acto

realizado por uno sólo de los cónyuges no es simplemente anulable, sino radicalmente nulo, por lo que no le es de aplicación lo establecido en los arts. 1.301 y 1.322 de dicho cuerpo legal.

Se establecen como causas de cese en la comunicación foral la sentencia judicial de separación conyugal, nulidad o divorcio, y se regula “la comunidad conyugal continuada” entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto.

En cuanto al *Derecho Civil Foral de Alava*, se recoge el Fuero de Ayala (institución de heredero y apartamientos), el sistema de fuentes, el ámbito territorial de vigencia, y el usufructo poderoso.

En relación a *Guipúzcoa*, la Ley se limita a reconocer la vigencia del derecho consuetudinario guipuzcoano, reservando su ordenación legal a un tiempo futuro.

Como consecuencia de la opción “foralista” adoptada por la Constitución, queda claro que no todas las comunidades autónomas tienen competencia legislativa sobre un derecho civil propio, sino tan sólo aquellas en las que —con carácter previo a su entrada en vigor— exista un derecho civil foral o especial. Así debe deducirse del límite constitucional: “allí donde existan”. Pero la “existencia” de que se trata no sólo es la presente, que se manifiesta en el preciso momento de entrada en vigor de nuestra ley máxima, sino que debe bastar la vigencia pretérita. El viejo ordenamiento (Fueros de Guipúzcoa) valdrá así como “derecho histórico del territorio foral” que la Constitución ampara y respeta y cuya actualización general queda así posibilitada, según resulta de la polémica Disposición Adicional Primera de la Constitución, dictada precisamente en atención a un derecho foral histórico no vigente en la actualidad.»

XX CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

CONCLUSIONES

323

TEMA I. “La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa (voluntaria)”

La Comisión primera del XX Congreso Internacional del Notariado Latino, examinadas todas las relaciones procedentes de los diversos países miembros de la Unión y participantes en el evento, después de largo y atento debate en torno de la naturaleza jurídica de la institución que se ha denominado comúnmente “Jurisdicción no contenciosa o voluntaria”, así como la aplicación de esta materia en los diversos países, ha constatado:

1.º Que en realidad la “Jurisdicción voluntaria o no contenciosa” no es una verdadera y propia jurisdicción, en sentido propio y estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada.

2.º Que existe la preocupación, compartida por todos los representantes, de la necesidad de descongestionar de actividades y casos no jurisdiccionales a las oficinas de los juzgados y tribunales, para lograr uno de los bienes hoy en día más deseados en todos los países, como es la agilización de la Justicia.

3.º Que en el curso de los últimos años ha venido sucediendo un acrecentamiento cultural y social de la función y servicio notarial que conduce y coloca al Notariado latino a la vanguardia de las distintas categorías profesionales y lo sitúa en un lugar preferente entre ellas, como intérprete de primer grado tanto de la norma, como de los hechos y de la voluntad de los ciudadanos.

4.º Que el Notariado latino cuenta con la formación adecuada (profesionales del derecho), se halla investido de fe pública (encargados de una función pública), dispone de los medios técnico jurídicos necesarios (instrumento público) y desempeña ya en los varios países miembros, algunas funciones que forman parte de la denominada jurisdicción voluntaria o no contenciosa.

Por lo tanto la primera comisión auspicia y recomienda que al Notariado le sean encomendadas por los diversos ordenamientos nacionales las más amplias funciones en el ámbito de la tradicionalmente denominada jurisdicción voluntaria o no contenciosa, respetando la naturaleza de la función notarial, tal y como ha sido definida por los precedentes Congresos Internacionales del Notariado Latino.

En particular propugna lo siguiente:

1.º Que se restrinja el término "Jurisdicción no contenciosa o voluntaria" a la actividad judicial y se acoja para el derecho notarial el término "COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS".

2.º Que no se atribuya a los notarios competencias inherentes a la fe pública judicial, ni se invada el ámbito de la potestad jurisdiccional en función juzgadora.

3.º Que el proceso de desjudicialización comprenda no solamente el aspecto relativo a su terminología sino al propio tratamiento procesal de las instituciones, debiendo ser reguladas por la legislación notarial de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio-jurídicas y sus instituciones.

4.º Que se establezca la independencia y autonomía de la actuación y del acto notarial, suprimiendo cualquier tipo de control posterior, como la homologación o calificación, excepción hecha de impugnación en el procedimiento contencioso respectivo.

5.º Que se tenga en cuenta la posibilidad de extender a los países que aún no cuentan con ello, la reglamentación en sede notarial de los siguientes asuntos:

a) Matrimonio, separación de cuerpos y divorcio consensuales.

b) Todo el procedimiento de la venta como consecuencia de los procesos concursales y ejecutivos, en lo relativo a la subasta.

c) La facultad de ser designado el notario como árbitro, en un tribunal de arbitraje.

d) La constitución y cancelación del patrimonio de familia.

6.º La constitución de una comisión integrada por cinco juristas de reconocido prestigio, designados por la Unión Internacional del Notariado Latino, para que elabore un proyecto de ley marco en relación con el presente tema, a cuyo fin los países miembros deberán remitir su legislación propia al organismo competente de la Unión.

TEMA II. "El documento informático y la seguridad jurídica"

1. La difusión y avance del documento informático en el mundo moderno es realmente formidable y es de esperar un avance aún mayor.

La facilidad para su elaboración, la posibilidad de archivo, de operar grandes volúmenes de información en espacios muy reducidos, la inmediatez de acceso y recuperación, la modificación y tratamiento de texto y envío a distancia en tiempo real son sólo algunas de sus ventajas que justifican su extraordinario desarrollo y expansión.

2. Pero asimismo conlleva riesgos igualmente preocupantes: su vulnerabilidad respecto a manipulaciones internas y externas y aún por aspectos técnicos sin necesidad de la mano del hombre y la falta de firma lo hacen fácil presa de alteraciones y de usos que pueden desviar su correcta utilización. También es de considerar el riesgo de las infracciones al derecho de intimidad.

3. Por ello se hace necesario equilibrar o regular su tratamiento normativo e incorporación, a fin de garantizar a la sociedad un medio eficaz y confiable para la expresión de la voluntad así para legislaciones futuras se recomienda que los sistemas a emplearse respondan a *standars internacionales* de seguridad.

4. El Notariado, como institución depositaria de la fe pública y ejerciendo su roll tutelar de la contratación a través del asesoramiento, la configuración negocial, y calificador de situaciones jurídicas de identidad, capacidad y legitimación, acompaña la evolución del documento informático estudiando y proponiendo los requisitos necesarios para compatibilizar sus beneficios con los recaudos imprescindibles para su seguridad y confiabilidad.

5. Se advierte en las ponencias de los países informantes:

a. Que no existe regulación sistemática del documento informático.

b. Que sólo se reconoce fuerza probatoria a algunos documentos emanados de la Administración pública, o para operaciones bursátiles, contratos laborales, registros de patentes, venta de artículos domésticos, registros contables de sociedades y comerciantes, en el ámbito de los negocios con forma libre.

6. Respecto a la contratación a distancia han sido escuchadas distintas propuestas de los ponentes que presentan como elemento coincidente la necesidad de garantizarla a través de la intervención notarial mediante la identificación, juicio de capacidad y legitimación del emisor así como el empleo de los métodos técnicos que aseguren la identidad del texto y la correlativa intervención notarial en el lugar de la recepción.

7. Deben rechazarse los intentos tecnológicos que pretenden subordinar los negocios jurídicos, que por su esencia son ilimitados, a catálogos exhaustivos con la finalidad de facilitar los procesos técnicos.

Luego de estudiar y analizar los informes recibidos, el XX Congreso Internacional del Notariado Latino propone:

A) En lo concerniente a la expresión de voluntad por documento privado y complementando los logros técnicos en cuanto a criptografía de los textos y firma electrónica, proponer la intervención del notario quien en su calidad de profesional especializado e imparcial puede autenticar y custodiar el archivo de cualquier modo de identificación electrónica.

B) Respecto a los documentos notariales:

1. En el estado actual del avance tecnológico deben mantenerse las exigencias del papel escrito y de la firma.

2. Cualquiera sea el procedimiento o medio técnico empleado, deberán respetarse los principios esenciales del Notariado Latino que no agota su función con la autenticación sino que se proyecta y expande a través del asesoramiento, configuración, calificación, legitimación, y demás actividades que garantizan la declaración de voluntad libre y consciente. *Inclusive, para el caso de una futura integración del documento informático a la actividad notarial en nada deberá modificarse la función notarial y el roll del notario.*

3. Estimular la utilización de las nuevas tecnologías como medio auxiliar del notario para mejorar la coordinación con instituciones vinculadas, tales como: registro inmobiliario, catastro, registros comerciales, etc., a través de copias emitidas *mediante las técnicas informáticas.*

4. Colaborar con las autoridades gubernamentales a fin de contribuir con estudios e investigaciones para arbitrar los medios y definir los recaudos necesarios para que el documento informático avance en credibilidad y aceptación.

5. Que la Unión Internacional del Notariado Latino forme un grupo de trabajo sobre el documento informático y el documento notarial que tenga por objeto: 1) La adaptación del Notariado a las nuevas tecnologías y 2) La armonización entre los países miembros de la Unión de las normas fundamentales de seguridad en esta materia.

TEMA III. “La protección del medio ambiente y la práctica notarial”

Considerando que actualmente la protección del medio ambiente es una de las preocupaciones más importantes de la comunidad internacional y que no puede ser efectiva más que con la colaboración de todas las agrupaciones profesionales y especialmente la del Notariado.

Considerando que el Notariado ocupa una posición privilegiada en la sociedad moderna entre los ciudadanos y los poderes para elaborar y ejecutar una política coherente, eficaz y práctica.

I. El XX Congreso Internacional del Notariado Latino formula el siguiente voto:

Que con la participación del Notariado se creen en todos los países instrumentos que, salvaguardando las libertades individuales, protejan los intereses de las generaciones futuras y que se establezcan normas que aseguren la protección del medio ambiente y, coherentes con la “LA CARTA DE LA TIERRA” y con todas las convenciones internacionales.

Por último, que el Notariado se integre en todos los procesos de decisión en materia de medio ambiente contemplados en las organizaciones tanto internacionales como nacionales.

II. A fin de hacer realidad el compromiso del Notariado a escala local, la Unión formula el siguiente voto:

1. Que todos los Notariados alienten la capacitación de sus miembros, así como la de los futuros notarios en cuanto al derecho ambiental, para permitirles desempeñar a cabalidad su papel y sus responsabilidades como juristas y como ciudadanos, en todo lo referente a la protección al medio ambiente.

2. Que en los contratos notariales se incluyan disposiciones que permitan implicar a las partes en la protección del medio ambiente.

3. Que todos los estados pongan a la disposición de los notarios las fuentes de información y los registros que les permitan cumplir a cabalidad sus compromisos e iniciativas en cuanto a la protección del medio ambiente.

III. Con el objeto de que a escala internacional el Notariado pueda cumplir su compromiso, la Unión formula el deseo de que se constituya la “Fundación Internacional del Notariado”, destinada a fomentar la protección ambiental especialmente por medio de:

— el intercambio de informaciones relativas a la evolución del derecho ambiental;

— la financiación de investigación en derecho ambiental y la concesión de premios;

— el poner a la disposición de todos los interesados los recursos necesarios para el reconocimiento de su derecho a un medio ambiente de buena calidad.

TEMA IV. “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario”

En el XX Congreso Internacional del Notariado Latino la Comisión encargada del estudio del tema IV, “Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario”, ha tomado en cuenta los valiosos estudios contenidos en cada una de las ponencias presentadas y ha profundizado en el análisis de las cuestiones en las sesiones de trabajo, serias y densas, presididas por los principios informadores del Derecho Notarial y del Derecho Internacional Privado.

La Comisión somete al plenario los fundamentos o considerando que siguen y propone la adopción de los acuerdos que expresan la opinión compartida por sus miembros.

— Considerando que la intervención notarial genera seguridad jurídica al dar legalidad a los actos y negocios proporcionándoles fehaciencia y autenticidad.

— Considerando que su labor de recepción de la finalidad práctica pretendida, de aseguramiento y consejo y, en fin, de conformación de la voluntad negocial definitiva mediante la redacción del documento, asegura su legalidad tanto en cuanto afecte al ordenamiento como en cuanto a la libre y consciente emisión de la definitiva voluntad negocial.

— Considerando que el control de legalidad en el amplio sentido expresado, se logra también cuando el notario se ajusta al tenor negocial ya prerredactado, puesto que el deber de asesoramiento y consejo debe cumplirlo respecto del mismo, con especial atención al interés de la parte que no hubiere participado en la previa redacción del instrumento.

— Considerando que la autenticidad o fehaciencia del negocio celebrado ante el notario se manifiesta especialmente en el valor que las leyes atribuyen al documento notarial como título legitimador y como medio de prueba.

— Considerando que las cualidades del documento notarial, legalmente valorado como prueba auténtica del negocio o del acto legal, permiten a los ordenamientos cuyos Notariados son

miembros de la U.I.N.L., proporcionar a los ciudadanos en general, al consumidor en particular y al tráfico, seguridad jurídica de modo claro, eficiente y económico; tanto en el campo extrajudicial de la normalidad del derecho como en el campo del proceso judicial.

— Considerando que en la esfera extrajudicial, esto es en el ámbito de la realización del derecho en la normalidad sin pleito o conflicto, los países cuyo Notariado es miembro de la U.I.N.L., utilizan el documento notarial como base para la presentación de actos o negocios: a) que legitimen la titulación y ejercicio de las relaciones, posiciones y derechos que nacen del documento notarial o más propiamente del acto o negocio que presenta; b) que pueden ser creídos y utilizados por terceros sin necesidad de previa declaración judicial o administrativa; c) que en base a su legalidad y autenticidad justifiquen la práctica de operaciones y asientos registrales.

332 — Considerando que en la esfera del proceso judicial el documento notarial tiene valor de prueba legal del hecho o negocio que presenta, lo que simplifica el tema de prueba y facilita la fijación de hechos en el proceso declarativo y permite la efectividad en un proceso ejecutivo de los derechos que prueba el documento notarial reduciendo al mínimo su fase declarativa; y así los Convenios de Bruselas (1968) y Lugano (1989) han regulado la recepción del documento auténtico, particularmente el notarial extranjero.

— Considerando que los ordenamientos que utilizan el documento notarial como medio para asegurar el nacimiento, la titularidad y el ejercicio de los derechos personales, familiares y patrimoniales privados, según principios de legalidad, autenticidad y seguridad jurídica y que han organizado el Notariado según el modelo latino comparten normas jurídicas que obedecen a unos mismos principios y forman una comunidad jurídica.

— Considerando que la movilidad de personas, mercaderías, servicios y capitales y la interconexión de conocimientos y técnicas y también de organizaciones y grupos financieros y

empresariales requieren el conocimiento y aplicación de principios del Derecho Internacional Privado así como el aprovechamiento de las naturales consecuencias y cualidades del documento notarial como vehículo transnacional de negocios y relaciones conectados con diversos ordenamientos para los que se requiera fehaciencia y autenticidad.

En atención al mejor servicio de la eficacia de las relaciones internacionales según los principios de la seguridad jurídica y según la doctrina del Derecho Internacional Privado y en base a las consideraciones que preceden la Comisión propone al plenario los siguientes

ACUERDOS

Primera. El Congreso reitera el principio de libre circulación del documento notarial latino, esto es del formado con todos los requisitos exigidos por la Unión Internacional del Notariado Latino, ya propugnado por el Congreso de Guatemala.

Segunda. El Congreso propone la recepción como fehaciente y auténtico del documento notarial latino procedente del país extranjero, y que para obtener este resultado se establezcan las normas y los procedimientos uniformes adecuados.

Tercera. El Congreso estima que debe propiciarse la legislación que declare la idoneidad y competencia del notario para controlar si el documento extranjero es notarial latino y que encomiende al notario su adecuación si procediere a las normas jurídicas de necesaria aplicación en el país de recepción.

Cuarta. El Congreso encomienda a la Unión Internacional del Notariado Latino que a través de las comisiones competentes según su organización se aproxime a aquellas organizaciones internacionales o supranacionales que la reconocen para promover su interés acerca de la libre circulación y la efectiva

recepción del documento notarial latino entre los Estados miembros de dichos organismos regidos por sistemas jurídicos que utilizan el documento notarial latino.

Respecto de organismos supranacionales con poderes legislativos o normativos vinculantes es muy deseable que se propicie una legislación al respecto aplicable en los Estados miembros cuyo orden jurídico recoja un Notariado de tipo latino.

Quinta. El Congreso solicita de la Unión Internacional del Notariado Latino el estudio de procedimientos que posibiliten la recepción de documentos procedentes de países no integrados en ella y la celebración de tratados internacionales tendentes a facilitar la intercomunicación documental entre los diversos sistemas jurídicos, respetándose en todo caso el principio de seguridad realizado mediante el documento notarial latino.

B) Notas bibliográficas

**“Expropiación forzosa”, PERA VERDAGUER, Francisco.
Cuarta edición, Bosch, Barcelona, 1992, 886 páginas.**

Si, tras la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, destacó la doctrina cómo estábamos “en presencia de una ley poco común por la audacia innovadora y por su altura técnica, pudiendo afirmarse sin hipérbole que ha de marcar época en la historia de nuestro Derecho administrativo” (García de Enterría), hoy, “cuando aquella Ley sigue caminando segura hacia una vigencia de cuarenta años, y ha sobrevivido sin menoscabo apreciable al cambio de sistema político producido en nuestra Patria, esencialmente estatuido en la Constitución de 1978, estimamos que cualesquiera elogios que nos atrevamos a realizar de esa norma y de quienes la idearon y aprobaron, pecará de menguada”.

Son éstas palabras del Magistrado Francisco Pera Verdaguer en la “nota” a la cuarta edición de sus ya clásicos comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa, que, rigurosamente revisados y actualizados, vuelven a ver la luz a través de Bosch, Casa Editorial.

La obra, como se sabe, abarca el estudio completo y pormenorizado de la expropiación forzosa regulada en la Ley de 1954 y en su Reglamento de 26 de abril de 1957, siendo la metodología de la exposición fundamentalmente exegética. En este método —de indudables ventajas prácticas— el sistema, como en todos los “comentarios”, viene dado por la propia estructura de la Ley, en este caso la de Expropiación Forzosa, y con él se destaca la importancia del precepto, cuyos aspectos fundamentales aborda Pera Verdaguer a través de una consideración analítica plural.

El contenido de la obra se deriva, pues, del propio “texto de la Ley, transcribiendo sus artículos separada y sucesivamente por su orden, y a continuación de cada uno de ellos las concordancias con el Reglamento de 1957 u otras disposiciones de específica aplicación, con las pertinentes notas o comentarios, ampliados (...) con el contraste de ajenos pareceres e inclusión también de la

B) Notas bibliográficas

**“Expropiación forzosa”, PERA VERDAGUER, Francisco.
Cuarta edición, Bosch, Barcelona, 1992, 886 páginas.**

Si, tras la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, destacó la doctrina cómo estábamos “en presencia de una ley poco común por la audacia innovadora y por su altura técnica, pudiendo afirmarse sin hipérbole que ha de marcar época en la historia de nuestro Derecho administrativo” (García de Enterría), hoy, “cuando aquella Ley sigue caminando segura hacia una vigencia de cuarenta años, y ha sobrevivido sin menoscabo apreciable al cambio de sistema político producido en nuestra Patria, esencialmente estatuido en la Constitución de 1978, estimamos que cualesquiera elogios que nos atrevamos a realizar de esa norma y de quienes la idearon y aprobaron, pecará de menguada”.

Son éstas palabras del Magistrado Francisco Pera Verdaguer en la “nota” a la cuarta edición de sus ya clásicos comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa, que, rigurosamente revisados y actualizados, vuelven a ver la luz a través de Bosch, Casa Editorial.

La obra, como se sabe, abarca el estudio completo y pormenorizado de la expropiación forzosa regulada en la Ley de 1954 y en su Reglamento de 26 de abril de 1957, siendo la metodología de la exposición fundamentalmente exegética. En este método —de indudables ventajas prácticas— el sistema, como en todos los “comentarios”, viene dado por la propia estructura de la Ley, en este caso la de Expropiación Forzosa, y con él se destaca la importancia del precepto, cuyos aspectos fundamentales aborda Pera Verdaguer a través de una consideración analítica plural.

El contenido de la obra se deriva, pues, del propio “texto de la Ley, transcribiendo sus artículos separada y sucesivamente por su orden, y a continuación de cada uno de ellos las concordancias con el Reglamento de 1957 u otras disposiciones de específica aplicación, con las pertinentes notas o comentarios, ampliados (...) con el contraste de ajenos pareceres e inclusión también de la

jurisprudencia atinente a la materia tratada, esto último mediante transcripción escueta, pero literal o suficientemente expresiva, del contenido de las resoluciones del Tribunal Supremo”.

Especial atención merece la doctrina jurisprudencial recogida en la obra y que en esta cuarta edición abarca hasta el 1 de junio de 1991, en cuanto tal doctrina resulta, como se sabe, fundamental en orden a concretar, con precisión, el alcance y contenido de la norma. No debe olvidarse —como en más de una ocasión he resaltado— que la importancia de la jurisprudencia de los Tribunales y muy especialmente la del Tribunal Supremo va más allá, a veces, del propio valor atribuido en el artículo 1.6 del Código civil, porque, en último término, como reconoce el mismo legislador, la tarea de interpretar y aplicar el Derecho a la propia realidad social “da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contiene desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa”.

Como novedades en esta edición, cabe destacar —junto a la referida actualización jurisprudencial— las necesarias adaptaciones derivadas de la Constitución, de especial trascendencia en materia de recursos, así como las oportunas referencias a la posibilidad de expropiación por medio de Decreto-ley.

En lo demás, la obra respeta el contenido originario, con el que el autor pretende —y consigue— ofrecer un texto, de cómodo manejo, que permita al profesional el puntual entendimiento de la vigente normativa en materia de expropiación forzosa y su correcta aplicación. A esta misma preocupación, porque el libro constituya, ante todo, un instrumento práctico, responden tanto la transcripción del Reglamento de 26 de abril de 1957 como el detallado índice analítico que, con casi mil referencias, facilita el acceso al contenido de la obra.

No nos queda sino felicitar al autor por su rigurosa tarea de revisión y a la propia Editorial por la esmerada composición tipográfica y elegante y sobria presentación, en consonancia con una obra que puede considerarse clásica en la literatura jurídica española.

Antonio Millán Garrido
Universidad de Cádiz