



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ABRIL~JUNIO 1993

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

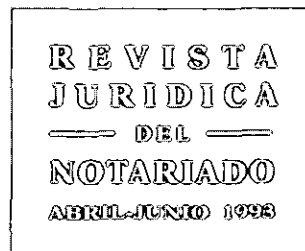
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis 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

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

- 9 LUCAS FERNANDEZ, Francisco: "Las inversiones extranjeras en bienes inmuebles"
- 99 NUÑEZ LAGOS, Francisco: "El aprovechamiento urbanístico y su transferencia"
- 155 SANCHEZ ANDRES, Aníbal: "Ampliaciones parcialmente gratuitas del capital en la sociedad anónima"

Práctica jurídica

- A) *Derecho Notarial*
- 185 — La colaboración notarial y registral como garantía de seguridad jurídica, por José Antonio Riera Alvarez.
- B) *Derecho Registral*
- 217 — La intervención del tercer poseedor no demandado en juicio ejecutivo ordinario. La tercería registral, por Juan José Gómez de la Escalera.
- C) *Derecho Mercantil*
- 249 — El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador Mercantil, por Roberto Blanquer Uberos.

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIÓN COMENTADA

- 281 — "Propiedad de marismas desecadas" (Res. 13 junio 1992).

Actualidad jurídica

Notas bibliográficas

- 307 — LASARTE ALVAREZ, C.: "Principios de Derecho Civil", Madrid, Trivium, S.A., 1992.

LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN BIENES INMUEBLES

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

Notario

9

SUMARIO: INVERSIONES EXTRANJERAS EN BIENES INMUEBLES SITOS EN ESPAÑA. **I.** CONCEPTO Y ÁMBITO NORMATIVO. **1.** Inversión inmobiliaria y actividad empresarial. **II.** RÉGIMEN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN BIENES INMUEBLES. **1.** Régimen general de libertad de inversión. **A.** *Excepciones.* **B.** *Exigencia de verificación administrativa.* **C.** *Breve referencia a los paraísos fiscales.* **D.** *Especial consideración de las inversiones procedentes del Gran Ducado de Luxemburgo.* **E.** *Exigencia de autorización administrativa.* **F.** *Tramitación de las solicitudes de verificación y de autorización en su caso.* **2.** Formalización ante Notario de la inversión y, en su caso, de la liquidación de la inversión. **3.** Precauciones aconsejables ante una inversión extranjera en bienes inmuebles. **4.** Examen especial de la

justificación del medio de pago. **A.** *Casos exceptuados de tal justificación.* **B.** *Cómo se justifica el medio de pago.* **a)** *Pago antes o en el momento de formalizar la inversión.* **b)** *Pago efectuado con posterioridad a la formalización de la inversión.* **5.** Declaración de la inversión. **6.** Inversión o desinversión afectante a varios inmuebles. **7.** Transmisión de la inversión. **8.** Retención del 10 por 100 del precio.

III. "SUPUESTOS ESPECIALES DE INVERSIÓN INMOBILIARIA". **1.** Time sharing. **2.** Obra nueva. **3.** Opción de compra. **4.** Compra de piso futuro (o piso en construcción). **5.** Compraventa de inmuebles con precio aplazado. **6.** Permuta. **7.** Aportación de solar a cambio de pisos o locales a construir en el mismo. **8.** Donación de inmuebles a no residentes.

IV. BREVE REFERENCIA A LAS ADQUISICIONES DE BIENES INMUEBLES EN ZONAS ESTRATÉGICAS (ZONAS DE ACCESO RESTRINGIDO A LA PROPIEDAD POR EXTRANJEROS). **1.** Determinación y delimitación de las zonas estratégicas. **2.** Limitaciones establecidas. **3.** Superficies exceptuadas. **4.** Sujetos afectados por las limitaciones. **5.** Competencia para conceder la autorización militar. **V.** ADQUISICIÓN DE INMUEBLES EN ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL. **VI.** ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE BALEARES. **VII.** NEGOCIOS OTORGADOS SIN LA PRECEPTIVA VERIFICACIÓN O AUTORIZACIÓN, O HALLÁNDOSE ÉSTAS CADUCADAS. **1.** Negocio bajo condición suspensiva de obtener la preceptiva verificación o la autorización. **2.** Consecuencias del otorgamiento del negocio sin la preceptiva verificación o autorización. **3.** Verificación o autorización obtenidas después del otorgamiento del negocio.

INVERSIONES ESPAÑOLAS EN BIENES INMUEBLES SITOS EN EL EXTRANJERO. I. NOCIÓN. **II.** RÉGIMEN DE ESTAS INVERSIONES. **1.** Regla general. Libertad de inversión. **2.** Inversiones sujetas a verificación. **3.** Inversiones sujetas a autorización. **4.** Supuesto especial del art. 19.4 del RD 672/1992. **5.** Declaración de la inversión. **6.** Cobros y pagos derivados de la inversión. **7.** Anticipos y aplazamientos de pago. **8.** Liquidación de la inversión.

INVERSIONES EXTRANJERAS EN BIENES INMUEBLES SITOS EN ESPAÑA

I. Concepto y ámbito normativo

Se regulan en el Capítulo IV del RD 671/1992.

Según el artículo 12:

1. 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.

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*.

2. 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.

Podríamos decir que las normas sobre inversiones extranjeras no se han caracterizado precisamente por su dogmatismo. Y ahora, con esta pequeña incursión que hace el art. 12.1, lo estropea. Porque utilizar el concepto de derecho real para aplicarlo como base de la noción de la inversión en inmuebles, no ha sido acertado.

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 30 de dicha Orden.

12

Este criterio es el que ha seguido la DGTE (actualmente denominada Dirección General de Economía Internacional y Transacciones Exteriores). Y ésta lo justifica (en escrito dirigido a la DGRN, y circulado por ésta con fecha 27 de abril de 1993, a través de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales), en el sentido de que la expresión “y demás derechos reales” sobre bienes inmuebles sitos en España, se debe matizar de acuerdo con el criterio de la Directiva 88/361/CEE de 24 de junio, en cuyo Anexo I se consideran inversiones en inmuebles la adquisición de la propiedad de los mismos y de los siguientes derechos reales: “derechos de usufructo, servidumbres rústicas y derechos de superficie”, teniendo en cuenta que el RD 671/1992 viene a ser transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la citada Directiva. Y en consecuencia la hipoteca no se considera incluida, de modo que no resultan exigibles los requisitos correspondientes a la inversión extranjera, siendo su régimen libre, sin intervención administrativa, de acuerdo con el RD 1816/1991, de 20 de diciembre sobre transacciones económicas con el exterior.

Aclaremos que la Directiva 88/361/CEE de 24 de junio, para la aplicación del art. 67 del Tratado de Roma, en su

Anexo I, en sus notas explicativas, aclara que por inversiones inmobiliarias se entienden “las compras de propiedades edificadas o sin edificar así como la construcción de edificios realizadas por particulares con fines lucrativos o personales. Esta categoría comprende también los derechos de usufructo, las servidumbres rústicas y los derechos de superficie”.

1. Inversión inmobiliaria y actividad empresarial.

En el punto 2 se contiene una norma que tiene cierto parecido a la del art. 12.4 del derogado RIE, pero mejor formulada, ya que a diferencia de la redacción anterior que se refería a que el inmueble que se adquiere se destine a una actividad de naturaleza empresarial, por el contrario, el nuevo precepto se refiere a la adquisición en sí misma, y no del inmueble en singular sino de “inmuebles” en plural.

Este precepto, obviamente, no se refiere necesariamente a la adquisición de locales comerciales, los cuales, según hemos visto, no aparecen mencionados en el art. 12.2. Se refiere a los supuestos en que, en sí misma, la adquisición de inmuebles constituya una actividad de naturaleza empresarial. La adquisición en tal caso será considerada como inversión directa y se regirá por las normas a estas aplicables. Tal vez por eso la Resolución sobre procedimiento de tramitación y Registro de Inversiones Extranjeras, regula este supuesto en el capítulo que dedica a las inversiones directas, no en el de las adquisiciones inmobiliarias.

En el último borrador del proyecto de Resolución en su Instrucción 11.2, párrafo segundo, se decía:

Si el inversor extranjero pretende actuar en calidad de “promotor”, la solicitud de verificación a que se refiere la presente Instrucción deberá acompañarse de la documentación que justifique haber cumplido las condiciones exigibles en virtud de la legislación urbanística. Si el inversor es persona jurídica dedicada a la explotación de inmuebles urbanos o rústicos, deberá aportar, debidamente traducida, la escritura

de constitución en su país de origen en la que quede claramente reseñado su objeto social.

En estos casos, tal actividad de promoción o explotación de inmuebles se calificará, a efectos de inversión extranjera, como establecimiento en España.

Esta norma no era, ciertamente, un modelo de claridad. Empleaba la expresión “promotor” como si ésta fuese un reflejo de un concepto unánimemente aceptado, o al menos generalmente aceptado, lo que no es así. Y ordenaba que a la solicitud de verificación debería acompañarse la documentación que justifique haber cumplido las condiciones exigibles en virtud de la legislación urbanística. Pero ¿condiciones para qué? La contestación puede ser muy varia. Y lo mejor que se pudo hacer fue lo que se hizo, suprimir esta norma.

14 II. Régimen de las inversiones extranjeras en bienes inmuebles

Hay aquí una importante modificación. En el RIE derogado, no obstante, partir del principio de libertad de inversión cuando de adquisición de inmuebles se tratara, sometía a verificación en todo caso las adquisiciones de inmuebles por personas jurídicas extranjeras, cualquiera que fuese la naturaleza del inmueble, número de éstos, o valor de los mismos. Y se excluía en cambio a las personas físicas españolas no residentes en España de la necesidad de verificación, para los casos en que el propio RIE exigía verificación para las adquisiciones de inmuebles por personas físicas extranjeras no residentes. Se silenciaba a las sucursales y establecimientos en España de personas no residentes, silencio que vino a ser interpretado por la DGTE en escrito de 20 de abril de 1987 a que ya nos referimos antes al hablar del sujeto de inversión extranjera, en el sentido de que tales sucursales y establecimientos podían adquirir inmuebles sin necesidad de verificación.

Ahora el régimen es el mismo para personas jurídicas que para personas físicas, (sin perjuicio de algunos matices para los supuestos de verificación, que se recogen en la Resolución sobre procedimiento de tramitación), y es el mismo para estas personas físicas o jurídicas extranjeras no residentes que para las personas físicas españolas no residentes.

1. Régimen general de libertad de inversión.

En general, el régimen es el de libertad. En el anteproyecto de RD se requería verificación para los mismos supuestos en que antes se exigía la verificación cuando se tratara de personas físicas extranjeras no residentes, pero siempre que ahora el valor de la inversión excediese de 500.000.000 de pesetas, y por tanto excluyéndose de la necesidad de verificación cuando el coste total de la inversión no superase los 500.000.000 de pesetas.

15

En el texto definitivo no se distingue por razón de la naturaleza de los bienes inmuebles adquiridos. Cualquiera que fuese su naturaleza, el régimen es el mismo. Tan sólo se distingue por razón de la cuantía de la adquisición. Y además se exige verificación cuando la inversión extranjera proceda de paraísos fiscales aun cuando el coste de la inversión no superase esa cifra, es decir, cualquiera que fuese su cuantía, y por supuesto también, cualquiera que fuese la naturaleza de los bienes inmuebles adquiridos.

Se deja a salvo lo dispuesto en la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional, a la que haremos luego una breve referencia. Y se elimina toda mención a las inversiones en zonas o centros de interés turístico nacional, sin duda a consecuencia de la reciente derogación de la Ley 197/1963 de 28 de diciembre, que las regulaba.

Quizá pueda ser de interés conocer el texto de la norma equivalente del proyecto, que tenía en él el número 12. Era éste:

1. Las inversiones extranjeras en bienes inmuebles po-

drán efectuarse libremente, sin sometimiento al trámite de verificación administrativa previa, salvo lo establecido en los números 2 y 3 siguientes y sin perjuicio de lo dispuesto en *la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional*.

2. Quedan sujetas al trámite de “verificación administrativa” previa las inversiones que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles en los supuestos que a continuación se relacionan y cuyo coste total supere los 500 millones de pesetas:

a) La adquisición de bienes inmuebles de naturaleza rústica.

b) La adquisición de solares, considerados como inmuebles urbanos conforme a la legislación del suelo y ordenación urbana.

c) La adquisición de locales comerciales.

16 d) La adquisición de más de tres viviendas en un mismo inmueble o, en general, de más de tres unidades de una misma división horizontal.

3. Requerirán igualmente verificación administrativa previa las inversiones que, con independencia de su importe, tengan por objeto la adquisición de los bienes inmuebles señalados en el punto 2 anterior, y dichas inversiones procedan de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

4. Tendrán la consideración de rendimiento de inversión en bienes inmuebles las rentas obtenidas por el arrendamiento de los mismos, que serán libremente transferibles al exterior.

Como antes he dicho, el texto definitivo del RD abandonó estos criterios y en definitiva la regulación se contiene en el artículo 13, con la siguiente redacción:

1. Las inversiones extranjeras en bienes inmuebles podrán efectuarse libremente, sin sometimiento al trámite de verificación administrativa previa, salvo lo establecido en los

apartados 2 y 3 siguientes y sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional.

2. Quedan sujetas al trámite de verificación administrativa previa las inversiones que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles y cuyo importe total supere los 500.000.000 de pesetas.

3. Requerirán igualmente verificación administrativa previa las inversiones en bienes inmuebles que, con independencia de su importe procedan de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

4. Tendrán la consideración de rendimiento de inversión en bienes inmuebles las rentas obtenidas por el arrendamiento de los mismos, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del presente Real Decreto serán libremente transferibles al exterior.

17

A. Excepciones.

Así pues, la regla general, repito, es actualmente la de libertad plena de inversión, sin necesidad de verificación ni de autorización. Y las excepciones son precisamente los supuestos de exigencia de verificación y los casos en que se precisa previa autorización administrativa.

B. Exigencia de verificación administrativa.

La verificación administrativa previa es un requisito que se exige en algunos casos en que por la cuantía o por la procedencia de la inversión, se ha considerado conveniente examinar previamente el proyecto de inversión a fin de comprobar que se ajusta a las exigencias de nuestro ordenamiento.

Algunos autores la consideran como una autorización reglada. Yo discrepo. Tan sólo puede verse la autorización reglada en el caso contemplado en el art. 24.4 del

RD 671/1992, es decir, cuando la inversión proyectada por residentes en países no comunitarios, y que en principio esté sujeta a verificación, pueda tener consecuencias perjudiciales para los intereses del Estado español. Justo en este caso es cuando el Director General de Transacciones Exteriores queda facultado “para suspender el régimen de liberalización” mediante notificación motivada al interesado, que podrá ser recurrida de acuerdo con la disposición adicional 5.^a, y efectuada la notificación se elevará el proyecto de inversión al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores. Justo en este caso es cuando en vez del régimen de liberalización (aunque con verificación), pasa a ser un acto sometido a autorización reglada para cuya concesión es competente el Ministro de Economía y Hacienda si la inversión proyectada no excede de 5.000 millones de pesetas, y el Consejo de Ministros si tuviera un importe superior. En el bien entendido que si tal inversión no puede tener consecuencias perjudiciales a los intereses del Estado español, deberá en tal caso el órgano competente resolver el expediente en sentido favorable.

Obsérvese que el propio RD 671/1992 huye de la calificación del acto administrativo en este supuesto, como de autorización. Al regular las competencias del Consejo de Ministros en el art. 20 sitúa las “autorizaciones” en el apartado 1, y en el 2 habla de “resolver los expedientes de inversiones extranjeras en el supuesto contemplado en el art. 24.4, etc.”. Y lo mismo ocurre con las competencias del Ministro de Economía y Hacienda a que se refiere el art. 21. En su apartado f) le atribuye “resolver los expedientes de inversiones, etc.”, en el supuesto del art. 24.4.

Podrá y aun deberá discutirse la corrección de la norma, de las dificultades que entraña su aplicación, y su utilidad práctica (hasta el momento no tengo noticia de que se haya aplicado). Pero ahí está para decirnos implícitamente que los supuestos generales de inversiones sometidas a verificación

son inversiones liberalizadas, y no son supuestos de autorización reglada.

Veamos ahora los casos en que se exige la previa verificación administrativa.

Se exige verificación administrativa:

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

Por importe total de la adquisición debe entenderse el importe total de la contraprestación que el inversor debe satisfacer por la misma. Por razones de seguridad jurídica así debe entenderse. Consiguientemente estimo no entran en dicho concepto los impuestos, honorarios y gastos de Notario y de Registro de la Propiedad, todos ellos producidos con posterioridad a la solemnización de la inversión, como tampoco entran en el mismo las comisiones que en su caso pague a los agentes o medidores que hayan podido intervenir en el trato, ni en general cualquier costo económico que no sea contraprestación por la adquisición inmobiliaria en que consista la inversión.

— Cuando, cualquiera que sea su importe, la inversión proceda de “paraísos fiscales”.

C. Breve referencia a los “paraísos fiscales”.

La expresión del art. 12.3 “procedan de paraísos fiscales” no es todo lo precisa que sería de desear. Pero creo debe entenderse en el mismo sentido con que se pronuncian las normas del art. 7.º 2, b, c, y e, es decir, que se trate de inversores residentes o domiciliados en alguno de los países y territorios relacionados en el artículo único del RD 1080 de 5 de julio de 1991.

Tales países son:

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.

D. Especial consideración de las inversiones procedentes del Gran Ducado de Luxemburgo.

Se han planteado en la práctica ciertas dudas en relación con las inversiones procedentes de algún país de los que figuran en la relación que acabamos de transcribir, concretamente de Luxemburgo.

Luxemburgo es país miembro de la CEE, y las inversiones que realicen personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Gran Ducado, tienen en principio el mismo trato de favor que las que pretendan realizar o realicen los domiciliados en cualquier país comunitario. Ahora bien, el caso es que Luxemburgo figura en la lista de paraísos fiscales contenida en el RD 1080, de 5 de julio de 1991, y ya estamos viendo cómo nuestra legislación ve con cierta prevención las inversiones que realicen o proyecten los residentes en alguno de estos paraísos fiscales. Entonces se nos plantea la siguiente cuestión: Si un residente en Luxemburgo pretende realizar una inversión en inmuebles en España ¿necesitará obtener la previa verificación positiva de la DGTE?

A primera vista, si toda inversión que efectúe una persona física o jurídica residente en un paraíso fiscal precisa obtener la previa verificación de la DGTE (art. 13.3, RD 671/1993),

y si Luxemburgo es paraíso fiscal, la contestación afirmativa se impondría.

Ahora bien, obsérvese que el RD 1080/1991 considera paraíso fiscal al 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”. Parece, por tanto, que el propio RD 1080/1991 al determinar cuáles son los paraísos fiscales, sólo con Luxemburgo establece esa matización: no es paraíso fiscal incondicionadamente, lo es tan sólo por lo que respecta a las rentas que, percibidas por las sociedades a que se refiere el párrafo 1 del protocolo anexo al Convenio, cita.

Y el párrafo 1 del protocolo anexo al Convenio de 3 de junio de 1986 y con la finalidad de “prevenir el fraude y la evasión fiscal” dispone:

22

“Párrafo 1.”

“Ad artículos 1, 3 y 4” (estos artículos delimitan el ámbito de aplicación del Convenio, al referirse respectivamente a “Ambito subjetivo”, “Definiciones generales” y “Residente”).

“El presente Convenio no se aplica a las sociedades ‘holding’, definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, y el Decreto gran ducal de fecha 17 de diciembre de 1928 (que desarrolla el artículo 1.7, b, apartados 1 y 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1937). No se aplica tampoco a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares, ni al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esta persona posee”.

Por tanto, sólo respecto a las rentas percibidas por estas sociedades *holdings*, y respecto a las rentas que un residente en España obtenga de acciones o títulos similares, y respecto al patrimonio representado por acciones o títulos de participación en el capital de tales sociedades que esta persona

posee, sólo respecto a todo ello es Luxemburgo paraíso fiscal. Si esto es así, parece que no debería afectar a una inversión en inmuebles por residentes en Luxemburgo, ya que respecto a tal inversión y a las rentas que genere, no es Luxemburgo paraíso fiscal. Sí tiene sentido la matización que respecto al Gran Ducado hace el RD 1080/1991, hemos de aplicar tal matización también a las inversiones que de allí procedan, y consiguientemente aplicar el concepto de “paraíso fiscal” para Luxemburgo, en los límites que el propio RD 1080/1991 establece, a cuyo RD 1080/1991 se remite, por cierto el RD 671/1992.

Esta conclusión puede servir para resolver otro problema que puede plantearse:

¿Puede el Gobierno o entidad de soberanía del Gran Ducado de Luxemburgo, adquirir libremente un inmueble en España? ¿O precisa para ello autorización o verificación?

Siendo Luxemburgo país miembro de la CEE no hay duda que le será de aplicación lo dispuesto en la DA 1.^a, 2, del RD 671/1992, y por tanto la inversión que ahora contemplamos será libre y se ajustará a los procedimientos y formalidades establecidos en dicho RD para las inversiones en inmuebles efectuadas por personas privadas.

Y en consecuencia, y dada la interpretación que hacemos del concepto de paraíso fiscal para Luxemburgo, podemos concluir: que no será precisa autorización administrativa; y que tampoco será precisa verificación salvo que el importe total de la adquisición supere los 500.000.000 de pesetas.

E. Exigencia de autorización administrativa.

Aunque, según hemos visto, la regla general en tema de adquisiciones inmobiliarias por no residentes, es la de plena libertad de inversión, con la necesidad de verificación del proyecto de inversión por la DGTE en los casos también vistos, subsiste la necesidad de autorización administrativa para los supuestos de adquisiciones inmobiliarias por Gobiernos y

entes de soberanía extranjera pertenecientes a Estados que no sean miembros de la CEE. Y existe también la necesidad de autorización (esta vez autorización militar) para inversiones inmobiliarias en zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, y en las zonas de interés para la defensa nacional.

Es decir, los supuestos en que actualmente se precisa autorización son los siguientes:

El contemplado en la DA primera del RD 671/1992. Tal Disposición exige autorización del Consejo de Ministros, para toda clase de inversiones que proyecten 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, salvo que en virtud de tratados internacionales suscritos y ratificados por España se encuentren liberalizados, y en el apartado 4 de dicha DA se hace una mención especial a la adquisición de inmuebles en España para ser destinados a representaciones diplomáticas o consulares, para disponer que en tal caso (en los supuestos en que fuera necesaria autorización para adquirirlos), las notificaciones se efectuarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. Recuérdese que en los casos ordinarios en que por algún precepto se exija autorización del Consejo de Ministros, la notificación de la pertinente Resolución es competencia del Ministro de Economía y Hacienda, según el art. 21.2, d, del RD 671/1992.

El previsto en la DA 2.^a,1, del RD 671/1992. En esta Disposición Adicional 2.^a,1, se contempla el supuesto de sociedades, o personas jurídicas privadas, domiciliadas en países no pertenecientes a la CEE, titulares de inversiones extranjeras en España (en nuestro caso, ahora, nos interesan las inversiones en inmuebles), que fuesen objeto de nacionalización en su país, para exigirles, en tal caso, que se sometan a la autorización del Consejo de Ministros, que deberá ser solicitada en un plazo no superior a

tres meses a partir de la nacionalización del sujeto inversor.

Y el contemplado en la DA 3.^a,2. Esta Disposición Adicional 3.^a,2, impone la previa autorización especial del Consejo de Ministros para las adquisiciones a título lucrativo mortis causa o inter vivos de inversiones extranjeras en España por Gobiernos y Entidades de soberanía extranjera pertenecientes a Estados no comunitarios.

Por otro lado, según hemos apuntado antes, la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional exige la obtención de previa autorización militar, en ciertos supuestos de adquisiciones u obras en relación con fincas sitas en zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, y con fincas sitas en zonas de interés para la defensa nacional. A esta materia dedico un tema especial, sin perjuicio de lo cual haré después unas breves consideraciones sobre la misma.

F. Tramitación de las solicitudes de verificación y de autorización en su caso.

25

En los supuestos en que sea precisa la verificación positiva de la DGTE, las solicitudes de verificación se presentarán mediante el modelo impreso MC-6 debidamente cumplimentado.

El procedimiento de tramitación de los expedientes de inversión extranjera sujetos a verificación previa será el establecido en la Instrucción 5.^a de la Resolución DGTE de 6 de julio de 1992. (Instrucción 32 de dicha Resolución), al que nos hemos referido ya en otro tema.

En los supuestos en que sea necesaria la previa autorización de conformidad con lo ordenado en las DDAA 1.^a, 3 y 2.^a, del RD 671/1992, las correspondientes solicitudes de autorización deberán presentarse mediante el modelo impreso MC-6, acompañado por triplicado de la siguiente documentación:

Descripción de los datos relativos a la transmisión del inmueble.

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.

El procedimiento de tramitación de los expedientes de inversión extranjera sometidos a autorización previa será el establecido en la instrucción 6.^a de la Resolución DGTE de 6 de julio 1992 (Instrucción 33 de dicha Resolución), al que nos hemos referido en otro tema.

2. Formalización ante Notario de la inversión y, en su caso, de la liquidación de la inversión.

26

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.

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”.

27

No voy a hacer ahora un estudio de la forma en el Derecho Internacional Privado, y de la regla “locus regit actum”, que otros juristas más competentes lo han hecho ya y lo seguirán haciendo. Pero no puedo resistirme a hacer algunas consideraciones en este espacio jurídico del control de cambios y de las inversiones extranjeras en España.

La norma del art. 17 del RD 671/1992, es de carácter imperativo, y no puede oponerse frente a ella la regla “locus regit actum”. Y digo que no puede oponerse por cuanto 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 aquéllos 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. Podría pensarse que el contenido del contrato son las obligaciones reguladas en el mismo, y así, tratándose de una compraventa de inmuebles, su marco normativo se halla en el Código civil. Y esto es verdad, pero no toda la verdad. Porque junto a estas fundamentales normas del Código civil —en el ejemplo de la compraventa de bienes inmuebles— concurren otras normas que también merecen respeto. En un negocio jurídico de adquisición de inmuebles a favor de no residente, su contenido (compraventa, donación, permuta, etc.) se halla fuertemente modalizado por el hecho de que, al tratarse de una inversión extranjera, incidan en la regulación del mismo intereses públicos dignos de protección, como son todos los que se comprenden en el llamado control de cambios y particularmente en su especificidad de inversiones extranjeras como parte de dicho control de cambios. Y son tales intereses, unidos a los propios de la seguridad jurídica, los que han impuesto la forma pública.

En el régimen anterior a la actual reglamentación, según hemos visto, era norma con rango de ley la que imponía esa forma pública: art. 16 de la Ley de Inversiones Extranjeras de 27 de junio de 1986. Dicha Ley ha sido derogada por la Ley 18 de 1 de julio de 1992. Ahora la norma invocable es, según se ha dicho, el art. 17 del RD 671/1992.

Pero 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.

Además de forma pública, debe ser ante fedatario público español: es decir, ante Notario español o Cónsul español (no se olvide que me estoy refiriendo a bienes inmuebles).

Es decir, se exige con carácter general, aunque aquí me interese sólo la exigencia *en tema de bienes inmuebles*, el requisito del documento público, y además que el autorizante del mismo sea Notario español o Cónsul español. Dos aspectos de gran interés en el estudio de esta materia. Dos reglas que son de necesaria observancia.

Y que no son extrañas a otros ordenamientos. En Francia el Código civil, en su artículo 2128 dispone que “los contratos otorgados en país extranjero no pueden constituir hipoteca sobre los bienes de Francia, a menos que existan disposiciones contrarias a ese principio en las leyes políticas o en los tratados”. Deben en consecuencia, conforme al art. 2127, otorgarse ante dos Notarios (se entiende franceses) o ante un Notario (se entiende francés) y dos testigos.

Y en términos generales las ventas de inmuebles se sujetan en Francia a la Ley de la situación de los mismos. El propio BATIFOL (“Droit International Privé”, 4.ª ed. París 1967, pág. 570) después de reconocer que de hecho, las dificultades sobre la determinación de los ámbitos respectivos de la Ley real y de la Ley de la autonomía (de la voluntad),

apenas aparecen en la jurisprudencia, añade “ello se puede explicar por la circunstancia de que las ventas de inmuebles, en donde por naturaleza el problema habría de presentarse más frecuentemente, *constantemente se presumen sometidas a la Ley de situación del bien: confundiendo de tal modo la Ley real y la Ley de la autonomía, se elude el problema de sus respectivos ámbitos*”.

Quiero con todo esto poner de relieve que la regla “locus regit actum” tiene excepciones, reconocidas primero en la Exposición de Motivos del texto articulado del Título Preliminar del Código civil, al decir que la regla “locus regit actum” mantenida en principio “ha perdido el carácter de exclusividad”, y que “si la ley reguladora del contenido ... erige la forma en requisito esencial habrá de observarse siempre”. Y luego más concretamente según hemos visto en el art. 11.2, del propio Código civil.

30 Como dicen FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (“Curso de Derecho Internacional Privado”, Madrid 1991, pág. 574) comentando el artículo 11 “en suma, la forma de los actos se sometería a una doble condición: en primer lugar el acto debe atenerse en cuanto a su forma, a la ley del lugar de celebración, a la personal del otorgante o disponentes, a la del contenido o a la del lugar donde radica el bien inmueble (art. 11, 1.º). Ahora bien, si la ley que rige el contenido del acto prevé una forma solemne, ésta debe respetarse por cualquiera de las leyes anteriores (art. 11, 2.º). Como se aprecia, sólo se trata de respetar la forma prevista por la ley del contenido, no de aplicar esta ley a la forma”.

Podríamos decir con BLANQUER UBEROS (“El Estatuto formal —artículo 11 del Código civil—” en “El Título Preliminar del Código civil”, Vol. II, Academia Matritense del Notariado, pág. 238 y sgtes.) que “la exigencia de una forma determinada para la validez de los actos o contratos que contuviesen la ley reguladora del contenido debe ser aplicada siempre, incluso si el acto o contrato fuese otorgado en

el extranjero y aunque la “lex loci actus” no exigiese dicha forma”.

Por otro lado, la exigencia, además de documento público, la de que éste se halle autorizado por fedatario público español, y que se establece en las normas sobre inversiones extranjeras como requisito esencial para la buena marcha del sistema, ante la imposibilidad de imponer a los fedatarios extranjeros las obligaciones de comprobación y justificación de previas autorizaciones o verificaciones, y de las pertinentes declaraciones, hace que en la práctica no deba admitirse aquí el principio de la llamada “equivalencia de las formas”. Que la inobservancia de estas formas pueda o no originar la nulidad del negocio es otra cuestión, pero de lo que no cabe duda es de que sin tal forma exigida, el negocio no puede tener acceso al Registro de la Propiedad.

Cuestión distinta es la de si una vez otorgado el negocio en escritura pública ante fedatario extranjero, hay algún modo de subsanar este defecto. Creo que sería posible mediante el otorgamiento de nueva escritura ante Notario español o Cónsul español, en la que se protocolizara la otorgada en el extranjero, y en la que se renovara la voluntad negocial por los contratantes o sus representantes, ahora ante el fedatario español.

La necesidad de formalización ante fedatario público español ya hemos visto antes que se impone también en los casos en que se pretenda la formalización en el extranjero, en las transmisiones de los bienes y derechos en que se hubieren materializado las inversiones extranjeras, entre no residentes.

Una Resolución de la DGRN de 4 de enero de 1993, contempla un supuesto de formalización de una transmisión de una finca sita en Motril, entre dos no residentes, efectuada ante un Notario de St. Helier, Jersey, Islas del Canal, aunque redactado en lengua española y con arreglo a la forma exigida para tales actos por la legislación española. Presentado el documento en el Registro de la Propiedad de

Motril se denegó su inscripción por contravenir el entonces vigente artículo 17.2 del RIE de 25 de septiembre de 1986, análogo al actual art. 25 del RD 671/1992. Se interpuso recurso ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que confirmó la nota del Registrador fundándose en que el art. 17.2 del RIE establecido como un decisivo instrumento de la facultad de control de cambios e inversiones extranjeras que legítimamente pueden ejercer las autoridades monetarias, no implica el rechazo o desautorización del otorgamiento de instrumentos públicos ante fedatarios extranjeros, sino que establece la necesidad de que dichos títulos sean intervenidos por fedatarios españoles. Todo ello sin perjuicio de que el negocio jurídico contenido en el referido título tenga plena eficacia a todos los efectos salvo en el de acceder al Registro de la Propiedad. La validez de tal requisito está refrendada en la Disposición Final primera del mencionado RIE.

Se apeló el auto presidencial y la DGRN en la Resolución citada de 4 de enero de 1993 desestimó el recurso confirmando el auto apelado y la nota del registrador en base a los siguientes fundamentos de derecho:

Vistos los artículos 1.235, 1.261, 1.274, 1.278 y 1.279 del Código civil; 3.º y 18 de la LH; 36 y 117 del RH; 1 y 2 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre control de cambios; Reglamento de Inversiones Extranjeras de 2 de julio de 1992 y Sentencia de 3 de enero de 1991.

1. En el presente recurso se debate sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta de un bien inmueble sito en España, efectuada en 22 de febrero (de 1989) en el extranjero, entre no residentes, inscripción que el Registrador deniega por no haberse formalizado la misma ante fedatario público español, tal como exige el art. 17.2, del RIE a la sazón vigente.

2. Es decisivo a los efectos de la resolución del presente recurso la consideración de la sustancial reforma operada en la legislación de inversiones extranjeras, a fin de adecuarla a

la Directiva del Consejo de la CEE (88/361 CEE), de 24 de junio, sobre liberalización de los movimientos de capital, reforma que, basada en el criterio de liberalización, remite la regulación de las materias legislativas e inversiones extranjeras a una norma con rango de Real Decreto cuya apoyatura legal la constituye la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre el control de cambios. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta: a) que los artículos 1.º y 2.º de la Ley 40/1979 concretan de modo inequívoco su ámbito de aplicación a las operaciones entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos exteriores; b) que ha desaparecido en el mismo Reglamento de Inversiones Extranjeras la sanción de nulidad para el incumplimiento de las obligaciones en él establecidas (*vid.* disposición adicional cuarta del Reglamento de Inversiones extranjeras aprobado por RD 671/1992, de 2 de julio, frente a la disposición final primera del RD Ley 1265/1986, de 27 de junio, y disposición final primera del RD 2077/1986 de 25 de septiembre); y c) que conforme a los artículos 1.278 y 1.279 del Código civil, en nuestro Derecho es principio general que la validez de los contratos no queda subordinada al cumplimiento de los requisitos formales, a no ser que expresamente se establezca así (obviamente por norma de rango legal, dado el de los citados artículos del Código civil); ha de concluirse que en el estado actual de nuestro Ordenamiento, la validez del negocio de transmisión de un bien sito en España, realizado entre no residentes, y en el extranjero, no queda supeditada, en modo alguno, a la exigencia formal plasmada en el artículo 17.3 del nuevo Reglamento de Inversiones Extranjeras, y esta solución debe igualmente aplicarse al negocio cuestionado, por más que su realización tuviere lugar bajo la vigencia de la legislación anterior, toda vez que, como tiene declarado nuestro Tribunal Supremo (*vid.* Sentencia 3 de enero de 1991), la legislación de inversiones extranjeras y de control de cambios tiene un carácter singular y excepcional en función de circunstancias políticas, sociales

y económicas de carácter coyuntural y sus dictados proyectan sobre los negocios civiles la necesidad de cumplir unos requisitos accesorios, una vez que aquellos negocios reúnen los requisitos sustantivos prevenidos en los artículos 1.261, 1.235 y 1.274 del Código civil; y que la omisión de los primeros requisitos en cuanto incumplimiento meramente administrativo, no puede afectar a la eficacia de un contrato que ha dado lugar a la vinculación entre las partes.

34

3. Ahora bien, las anteriores consideraciones no suponen que deba accederse sin más a su inscripción en el Registro de la Propiedad, pues, además de la exigencia de documentación auténtica para que el acto inscribible acceda al Registro (art. 3.º de la LH y 36 del RH), la propia Legislación de Inversiones Extranjeras extiende el ámbito de la calificación registral, en las hipótesis de inversiones extranjeras, a la comprobación del cumplimiento de los requisitos en ella establecidos, y entre ellos el ahora debatido, tengan éstos o no carácter “ad solemnitatem”; así lo establece el actual artículo 17.1 del Reglamento de Inversiones Extranjeras, y lo exigía igualmente la normativa vigente al producirse el negocio cuestionado, como se desprende de la disposición final primera de la Ley y del Reglamento de Inversiones Extranjeras de 1986, en relación con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Como puede apreciarse, la Resolución de la DGRN argumenta acerca de la validez del negocio otorgado ante fedatario público extranjero, entre dos no residentes, en el extranjero. Y una vez sentado que el negocio es válido, pasa a examinar en el fundamento tercero el defecto de no haberse otorgado ante fedatario público español, y concluye que no es inscribible porque tal requisito lo exige el art. 17.1 del “Reglamento de Inversiones Extranjeras”. La doctrina es irreprochable, aunque parca.

La Dirección General de Transacciones Exteriores ha venido a aclarar algunas dudas que se habían presentado no ya respecto de las inversiones, sino de las liquidaciones de la inversión, en cuanto a si para estas desinversiones, se pre-

cisa o no la intervención de fedatario público. Su posición es afirmativa.

En el escrito circulado a los Notarios con fecha 27 abril 1993 dice sobre este particular:

La obligatoriedad (de la formalización ante fedatario público español de la liquidación de inversiones extranjeras en España) está clara cuando se transmite en el extranjero a otro no residente, de acuerdo con el artículo 17.2 del Real Decreto 671/1992; sin embargo, se han suscitado dudas sobre si la intervención de fedatario público español es obligatoria en los casos de liquidación de inversiones extranjeras en España en que la transmisión se produce en favor de un residente en España o en España entre no residentes, ya que el artículo 17.1, habla de “inversión” y no de liquidación. Sin embargo, el término no debe, en este artículo, entenderse reducido al momento de la adquisición, sino que goza de un sentido más amplio. Así lo entendieron las normas de desarrollo de la legislación de 1974 (en la que ya aparece esta redacción) basando en la intervención del fedatario el procedimiento de declaración al Registro de Inversiones de la liquidación de las inversiones extranjeras y así lo hace también la Resolución de 6 de julio de 1992 de esta Dirección General.

35

“De acuerdo con esto, el art. 17.2, vendría a insistir en la obligatoriedad de la intervención de fedatario público español en los casos en que, por producirse la transmisión en el extranjero entre no residentes, puede esperarse una mayor inobservancia de dicho requisito.”

Podría decirse que, cualquiera que sea en definitiva la posición que se sustente sobre el problema que examinamos, una cosa es cierta e indiscutible: la exigencia de forma la imponen las normas sobre inversiones extranjeras, concretamente según hemos visto el artículo 17.1, del RD 671/1992. Que la inobservancia de esta obligación formal, o requisito formal, constituye una infracción de la norma que la impone. Y que esta infracción, aparte de la posible consecuencia san-

cionadora, conforme a la Disposición Adicional 4.^a de dicho RD 671/1992, impedirá la inscripción del correspondiente documento en el Registro de la Propiedad.

Por último conviene hacer referencia al Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones contractuales, firmado en Roma el 19 de junio de 1980, al cual se adhirieron España y Portugal por Convenio hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992, ratificado por España según Instrumento de fecha 7 de mayo de 1993, y que ha entrado en vigor para España el 1 de septiembre de 1993 (previa publicación, que ya ha sido hecha en el BOE de 19 de julio de 1993). En este Convenio se contempla el tema de la forma en el artículo 9.º Y en el apartado 6 se dispone que “No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo, todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que según esta ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo”. Parece aquí todavía más clara la necesidad de respetar la norma del art. 17.1 del RD 671/1992.

36

3. Precauciones que deberá adoptar el Notario ante una inversión en bienes inmuebles.

A modo de “inventario” de materias que deben atraer su atención en tal momento, podemos señalar las siguientes:

— Las propias de una inversión entre residentes, ajenas al control de cambios (identidad, capacidad, representación en su caso, titulación, estado de cargas, medios de pago en su caso, etc.).

— La *condición de no residente del inversor, y la condición misma de inversor extranjero*, para lo que me remito al tema donde estudio la condición de residente y de no residente y su prueba.

Téngase en cuenta (y esto tiene gran importancia en orden a la retención del 10 por 100 del precio a que me referiré después), que no siempre la condición de residente a efectos de control de cambios coincide con la noción de residente a efectos del impuesto sobre la renta. Para este impuesto véase art. 12 de la Ley reguladora, Ley 18 de 6 de junio de 1991. Contrástese al efecto el art. 14 de esta Ley, con el art. 2.º, 4.e, del RD 1816/1991.

Por otro lado, recuérdese que si bien tratándose de extranjeros se considerarán residentes sólo cuando exhiban el permiso o tarjeta de residencia, por el contrario los españoles se consideran residentes salvo prueba en contrario. Lo que quiere decir, que, tratándose de españoles ni siquiera habría que adoptar las especiales precauciones que para los extranjeros hay que adoptar en caso de no justificar su condición de residente (certificación de no residencia, o pago a través de cuenta de titularidad del no residente, o manifestación expresa de su condición de no residente). Para el español, aunque hubiese otorgado un poder en el extranjero y apareciese en dicho poder como residente en el extranjero, si han transcurrido más de dos meses desde el otorgamiento de tal poder, y no se justifica su condición de residente en el extranjero entra en juego la presunción de residente en España que sólo puede destruirse con prueba en contrario, de modo que si tal prueba no se da, entra en juego la referida presunción. Otra cosa sería que el propio interesado, o su representante, afirmara en la escritura que es no residente. A tales efectos si el inversor español, o su representante, afirma que es no residente, deberá corroborarse tal afirmación con la certificación consular en la forma que hemos dicho al tratar de esta cuestión en otro tema, o mediante la justificación de que el precio de la compraventa procede de una cuenta de no residente abierta en oficina operante en España de entidad registrada a nombre del titular de la inversión (cfr. Instrucción 7.ª, 4, Res. DGTE 6 julio 1992). Pero debe admitirse que la certificación consular, en el caso

antes expuesto, pueda aportarse con posterioridad al otorgamiento, para no hacer de peor condición a las personas físicas españolas que a las extranjeras (cfr. Instrucción, 7.^a,3, párrafo segundo de la Resolución DGTE de 6 de julio de 1992, en redacción dada por Resolución de la misma DGTE de 26 de octubre de 1992).

Recuérdese también que la condición de inversión extranjera para las realizadas por sociedades españolas con participación de capital extranjero, o por sucursales o establecimientos en España de no residentes, no rige para las adquisiciones inmobiliarias (cfr. art. 2.º,5, RD 671/1992), salvo que a efectos de inversiones inmobiliarias en áreas no exceptuadas de zonas estratégicas, y siempre que el capital dominante en la sociedad, o la matriz de la sucursal, proceda de país no comunitario se deberán observar los requisitos exigidos por la Ley 8 de 12 de marzo de 1975, Reglamento de 10 de febrero de 1978, y demás dictadas por motivos estratégicos o de defensa nacional. Por otro lado algunas de estas limitaciones afectan a toda clase de personas, sean españolas o extranjeras.

Pero ya desde el punto de vista del control de cambios, y dejando a un lado el tema de las inversiones en zonas estratégicas cuando se trate de sociedad española con participación de capital extranjero superior al 50 por 100, debe ser la propia sociedad la que manifieste ante el Notario tal condición, y aportará a los fines de formalización, certificación de la propia sociedad inversora justificativa de la participación extranjera en su capital (cfr. Instrucción 7.^a,6 Resolución DGTE 6 de julio de 1992).

— En especial deberá fijar su atención en la *actual residencia habitual* del inversor, sea persona física o jurídica:

Si *es en país comunitario* podrá beneficiarse de la exención de autorizaciones en ciertos casos a que se refieren el art. 26 del RD 671/1992 (inversiones en juego, televisión, radio y transporte aéreo, y en explotación de minerales que tengan valor estratégico), y el Capítulo III de la Ley 8 de 12

de marzo de 1975 (sobre adquisiciones en zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros).

Si es en país que tenga la condición de *paraíso fiscal* según el RD n.º 1080, de 5 de julio de 1991, por cuanto en tal caso será necesaria la obtención de previa verificación de la DGTE.

— En el caso en que el inversor sea persona jurídica advertir acerca de su *posible condición de sociedad o empresa pública* extranjera, que, siendo no comunitaria, dará lugar a la necesidad de obtención de la previa autorización del Consejo de Ministros en las hipótesis que contemplan las Disposiciones Adicionales 1.ª, 3, 2.ª, 1, y 3.ª, 2 del RD 671/1992, (relativas a inversiones por gobiernos o entidades de soberanía extranjera o asimilados a ellos, nacionalización de titulares de inversión extranjera, y transmisiones a título lucrativo).

— La *situación del inmueble*, puesto que si se halla en zona de acceso restringido a la propiedad por extranjero, en áreas no exceptuadas, precisará la obtención de previa autorización militar (salvo para residentes en países comunitarios). Si se halla en zona de interés para la defensa nacional (hoy sólo existe el llamado Polígono de Anchuras), precisará igualmente de previa autorización militar, pero en este caso, tanto si el adquirente del inmueble es español como si es extranjero y tanto si es residente o no residente. Lo mismo digo para el caso de inmuebles sitos en Ceuta y Melilla.

— El *impreso MC-6 de verificación o autorización cuando sea necesario, y en particular, LA FECHA DE UNA U OTRA*. El otorgamiento de la escritura (salvo que se otorgue bajo condición suspensiva según veremos después) sin haber obtenido la verificación positiva o la autorización cuando una u otra es necesaria constituye infracción administrativa de control de cambios, con todas las posibles consecuencias. Y lo mismo en el supuesto en que la autorización o verificación hubiese caducado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.5 del RD 671/1992, según el cual “las inversiones autorizadas o

verificadas deberán realizarse dentro del plazo que, específicamente, hubiera señalado la autorización, o en su defecto, en el de seis meses; transcurrido el plazo sin haberse realizado la inversión, se entenderá caducada la autorización o verificación, salvo que se obtenga prórroga". De ahí la importancia de la fecha. Una verificación caducada, es, a estos efectos, como si no hubiese existido verificación, el otorgamiento de la escritura sería un supuesto de otorgamiento sin verificación cuando ésta es precisa. Y lo mismo podemos decir en los supuestos de autorización.

— *Precio o contraprestación, o valor.* Por dos razones:

Porque *si excede de 500 millones de pesetas*, será preciso obtener la previa verificación positiva de la DGTE (art. 13.2 del RD 671/1992, para las adquisiciones onerosas, y este mismo artículo, en relación con la DA 3.ª,1, del RD 671/1992, si la adquisición es a título gratuito, "inter vivos").

40

Y porque el precio (o contraprestación, o medio de pago de la inversión) *debe justificarse* ante el Notario autorizante de la escritura. Pero esta materia merece que le dediquemos un epígrafe especial.

4. Examen especial de la justificación del medio de pago.

En tesis general, de conformidad con lo ordenado por el artículo 17.1 del RD 671/1992 deberá justificarse el medio de pago de la inversión. En especial, claro está, tratándose de compraventas, será necesario en general, acreditar el origen del dinero que se emplea ahora en la inversión.

A. *Casos exceptuados de tal justificación.*

Se exceptúan de la necesidad de justificación (y así lo ha reconocido la DGTE, según escrito circulado por la DGRN con fecha 27 de abril de 1993) los siguientes casos:

a) Cuando se pague empleando moneda metálica (hipótesis rarísima), billetes de banco españoles o extranjeros o

cheques bancarios al portador por importe que no exceda de 1.000.000 de pesetas. En el escrito circular a que antes he hecho referencia se habla de “por importe inferior a un millón de pesetas”, pero debe tratarse de un “lapsus” ya que según las Instrucciones 2.^a y 6.^a de la Resolución de la DGTE de 7 de enero de 1992, y también según la Instrucción 7.^a, 7, a), la obligación de justificación del origen del metálico, billetes de banco o cheques bancarios al portador, arranca cuando excede su importe de un millón de pesetas. De suerte que siendo igual a un millón de pesetas, o de cuantía inferior a dicho millón, no se precisa justificación. Tampoco será precisa la justificación cuando la aportación en los medios y cuantía indicados sea parte del pago y el resto de la inversión sea pagado mediante otro medio de aportación dineraria o no dineraria (cuyo origen deberá ser acreditado según los casos).

b) Cuando se trate de un aplazamiento de pago, sea de todo el precio o de parte del precio. La parte de precio aplazada no precisa justificarse, salvo que por las circunstancias que concurran deba producirse una comparecencia ante Notario para hacer constar que se ha pagado. Tal ocurrirá, por ejemplo, en los casos de compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria. En este último caso aun cuando en principio según las normas de Derecho Civil e Hipotecario, bastaría el consentimiento del acreedor, no obstante, por razones de control de cambios será preciso acreditar el origen del medio de pago empleado. Usualmente el precio aplazado en las compraventas se representa mediante letras de cambio domiciliadas en una entidad bancaria o de crédito, en una cuenta de titularidad de no residente, y cuando así sea creo debe bastar la reseña de las letras en poder del inversor extranjero, haciendo mención en la escritura de la condición de la cuenta.

c) Cuando se trate de transmisiones realizadas en el extranjero entre no residentes con pago en el exterior. En estas hipótesis el art. 25 del RD 671/1992, expresamente ex-

cepciona de la obligación de justificación del medio de pago.

d) Cuando se trate de inversiones realizadas antes de la entrada en vigor de las nuevas normas, con cargo al patrimonio generado en España por españoles antes de su cambio de residencia al extranjero, cambio producido antes de la entrada en vigor de las nuevas normas. La DGTE en el escrito circular antes citado justifica este criterio en que de “la disposición transitoria 5.ª,2, de la Resolución de esta Dirección General de 6 de julio de 1992 se deduce que no se tratarán como inversiones extranjeras”. Dicha norma de la DT 5.ª,2 de la citada Resolución dice así:

“2. Los pagos al exterior que se produzcan como consecuencia de la liquidación de inversiones españolas en sociedades españolas no cotizadas, sucursales, establecimientos, inmuebles y “otras formas de inversión”, que mantengan españoles no residentes realizadas antes de la entrada en vigor de la presente resolución con cargo a su patrimonio residente, se comunicarán por las Entidades registradas con aplicación al Código estadístico 11.02.01 (transferencias de capital de emigrantes y de inmigrantes). Estas operaciones no precisarán ser declaradas al Registro de Inversiones.”

De esta norma, como hemos dicho, deduce la DGTE que no se tratarán como inversiones extranjeras. La verdad es que el art. 4.º,1, párrafo segundo, de la Ley de Control de Cambios, Ley 40 de 20 de diciembre de 1979 (artículo que, dicho sea entre paréntesis, no ha sido derogado) declara que “las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero, y a las rentas procedentes del mismo”. Ciertamente que el RD 671/1992, en su artículo 2.º,2, párrafo segundo, entendido con la generalidad con que se pronuncia, se halla en contradicción con la norma de la Ley. Pero todos sabemos cuál es el rango de las distintas normas, y cuál debe prevalecer en caso de conflicto. Aunque la DGTE parece considerar inaplicable la norma citada del

art. 4.º de la Ley 40/1979 ante los principios que orientan la actual liberalización del control de cambios.

Consecuencia del criterio de la DGTE de que en estos supuestos a que ahora me refiero (los de la Disposición Transitoria 5.ª, 2, de la Resolución de 6 de julio de 1992), tales inversiones no se consideran inversiones extranjeras, entiende que la postura antes indicada de que no se precisa declaración al Registro de Inversiones es aplicable tanto si la liquidación se produce por transmisión a un residente como si se transmite a un no residente. En este último caso, estima la DGTE que “si bien no nos hallamos propiamente ante la transmisión de una inversión extranjera entre no residentes, sino ante una nueva inversión extranjera, resulta procedente aplicar analógicamente algunas de las normas relativas a las transmisiones entre no residentes:

— “Si el pago y la transmisión se producen en el extranjero no será necesario acreditar el origen de los medios de pago utilizados (art. 25 RD 671/1992).

— “Dado que no es necesaria la declaración al Registro, se procederá como señalan las Instrucciones 15.5 y 35.5 (se refiere a la Res. de 6 de julio de 1992) para los casos en que no se presente la declaración correspondiente al transmitente, es decir, la declaración al Registro de Inversiones de la inversión extranjera del adquirente se acompañará de copia de la escritura pública”.

B. *Cómo se justifica el medio de pago.*

En los casos en que procede la justificación del medio de pago, ésta deberá producirse así:

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, deberá 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.

44 b') Si se trata de pagos efectuados mediante cheques bancarios nominativos, cheques personales 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 (Instr. 7.^a, 7, b, de la Res. 6 de julio 1992).

Este “documento bancario” no se corresponde necesariamente con la certificación bancaria exigida en las normas ya derogadas por las hoy vigentes concretamente con la exigida por la Resolución de la DGTE de 28 de abril de 1982. Según la DGTE, actualmente es suficiente cualquier documento en el que se reflejen las circunstancias a que se refiere la Instrucción 7.^a, 7, b). “Por ejemplo —dice la DGTE— bastaría que en el cheque utilizado para el pago en el propio acto de la formalización aparezca la mención de que se trata de cuenta de no residente abierta en España o de que la cuenta contra la que se libra se encuentra abierta

en el exterior. También sería suficiente el resguardo de la transferencia efectuada, siempre y cuando refleje los extremos indicados”.

Y “por último —añade la DGTE—, si la acreditación refleja que los fondos utilizados tuvieron su origen en una de las extintas cuentas extranjeras de pesetas ordinarias, es perfectamente válida, ya que se trata de cuentas de titularidad de no residentes.”

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).

45

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, de ordinario será porque exista un aplazamiento del pago. Digo de ordinario, porque no siempre será así: piénsese por ejemplo en un contrato de renta vitalicia en la que el inversor extranjero adquiera un bien inmueble con la carga de pagar una pensión vitalicia.

Siempre que haya de efectuarse el pago de la contraprestación 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.

Como antes hemos dicho, en las hipótesis de aplazamientos de pago no es preciso justificar el pago cuando se produzca, a menos que se efectúe nueva comparecencia ante Notario por razón de tal pago. Es decir, 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.º, b, párrafos segundo y tercero, Resolución DGTE 6 julio 1992).

5. Declaración de la inversión.

La declaración de la inversión deberá realizarse cumplimentando el correspondiente impreso MC-3A, que deberá producirse con el otorgamiento de la escritura pública que formalice la inversión, a cuyo efecto debe prepararse también esta declaración junto con la escritura. Una vez firmado el impreso en el casillero correspondiente por el inversor extranjero, o por su representante, compareciente en la escritura, quedará unido a la matriz de la escritura el ejemplar "Copia". También en el casillero correspondiente deberá firmar el Notario autorizante de la escritura. Si éste actuase en sustitución de otro compañero, debe firmar la declaración el Notario que está sustituyendo, no el sustituido, aunque expresando en el casillero, su condición de sustituto y nombre del Notario sustituido.

Una vez cumplimentado el impreso, el ejemplar 5, copia, quedará unido a la matriz. El ejemplar 4 lo entregará el Notario al interesado. Y los tres restantes los remitirá a la DGTE en el plazo de 30 días hábiles desde el otorgamiento de la escritura.

6. Inversión o desinversión afectante a varios inmuebles.

En el caso de que en una misma escritura se formalizara la inversión o desinversión relativa a varios inmuebles y con referencia a un solo inversor o comunidad de inversores no es necesario que se cumplimenten tantos modelos de declaración MC-3A cuantos inmuebles se adquieran. No, cuando se formalicen en acto simultáneo y en único docu-

mento otorgado ante Notario español inversiones o desinversiones efectuadas por un mismo titular o comunidad de titulares en bienes inmuebles de igual naturaleza, destino y localidad. Así lo establece la Instr. 34.2, de la Res. DGTE 6 julio 1992.

Es decir, cuando se trate de una sola escritura, ante Notario español (o Cónsul español que ejerce en funciones de Notario), con un solo inversor (o comunidad de inversores), y los diversos inmuebles sean de la misma naturaleza (por ejemplo, fincas rústicas todos, o todos pisos o chalets, o todos locales de negocio, o todos solares, o todos plazas de garaje), igual destino (por ejemplo todos destinados a uso propio, o a arrendamiento, o a su enajenación a corto o medio plazo, o a su construcción), y de la misma localidad (por ejemplo todos situados en Madrid), entonces, en estos casos, bastará cumplimentar un solo impreso MC-3A, en donde en los casilleros correspondientes se especificará la clase de inmueble (casillero 5), número de inmuebles (casillero 5), y destino (casillero 8).

47

7. Transmisión de la inversión.

Se producirá una liquidación de la inversión, de quien transmite, y una nueva inversión extranjera si el adquirente tiene la condición de inversor extranjero. Si se transmite a un residente, por ejemplo, el fenómeno que se produce es tan sólo el de una liquidación de la inversión.

La liquidación de la inversión deberá declararse cumplimentando un impreso normalizado MC-3B, para el que será necesario conocer el número de la declaración de la inversión que ahora se liquida. Para ello el Notario deberá exigir la presentación de la declaración de inversión que en su día se hiciera y que ahora se liquida. Si no se hubiera cumplido con tal requisito, deberá hacerse ahora por medio del Notario que en su día autorizó la escritura, o por su sucesor en el protocolo. Si se hubiese cumplido en su día con la declara-

ción, cursada a la DGTE, pero extraviado el ejemplar correspondiente, podrá el interesado obtener un certificado del propio Registro de Inversiones, que exhibirá al Notario. Cumplimentado el correspondiente MC-3B, el Notario dejará unido a la matriz el ejemplar 5, copia. El ejemplar 4 lo entregará al interesado, y los tres restantes ejemplares los remitirá al Registro de Inversiones en el plazo de 30 días hábiles desde la fecha del otorgamiento de la escritura.

48 Si la inversión que ahora se liquida se hubiese producido antes de la entrada en vigor de las normas sobre declaraciones de inversión contenidas en el ya primitivo Reglamento de Inversiones de 31 de octubre de 1974 (que entraron en vigor el 1 de febrero de 1975), no es necesario cumplimentar el casillero correspondiente al número de procedencia de la declaración de la inversión, pero en dicho casillero deberán ponerse las siguientes palabras: "inversión anterior a 1975". En este caso la declaración de la liquidación de la inversión que habrá de remitirse a la DGTE irá acompañada de una copia simple bien de la escritura formalizadora de la inversión (para constatación en el Registro de que efectivamente la fecha es anterior a 1975) o bien de una copia simple de la actual escritura de compraventa o de enajenación por la que se liquida la inversión (porque ya en la mención relativa al título de adquisición del ahora enajenante figurará la fecha en que efectuó la inversión).

Si la transmisión se efectúa a otra persona no residente, ésta pasará a ser titular de la inversión extranjera. Por ello, en este caso, además de la declaración de liquidación de la inversión en la forma que acabamos de ver, deberá producirse otra declaración de inversión, por la que realice el adquirente de los bienes en que se materializó la inversión que se liquida. Esta declaración se efectuará cumplimentando el impreso MC-3A en la forma antes vista. Ahora bien, en el casillero "número del MC-3A anterior", se expresará el número del MC-3A, correspondiente a la declaración de la inversión que se transmite. Cuando el interesado incumpla

la obligación de presentación del modelo MC-3B, no se cumplimentará el casillero “número MC-3A anterior” del nuevo modelo MC-3A de declaración, y al momento de remitirse dicho impreso MC-3A al Registro de Inversiones, deberá acompañarse de copia de la escritura de formalización de la transmisión de referencia, con el fin de dar cumplimiento a la Instrucción 10 de la presente Resolución (se refiere al seguimiento y control por la DGTE, y a recordar que la omisión del deber de declaración constituye infracción administrativa). También se unirá a la matriz el ejemplar 5, copia, y se procederá en la forma antes expuesta. Es decir, en esta hipótesis quedarán unidas a la matriz los dos ejemplares copia: el de la liquidación y el de la nueva inversión.

8. Retención del 10 por 100 del precio.

En los supuestos de liquidación de una inversión extranjera en bienes inmuebles, tanto si se realiza mediante transmisión a un residente como si se efectúa a favor de un no residente, procede la retención del 10 por 100 del precio de venta, que imponen la Ley 18/1991 de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, art. 19.1, b, y la Ley 61/1978 de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades en su art. 23.5, cuando concurren los requisitos contemplados en tales preceptos.

A tal efecto distinguiremos según que el transmitente sea persona física o jurídica.

a. *Transmitente persona física.*

Debe tratarse de transmisión por compraventa, ya que lo obligado a retener es un porcentaje “del precio”. Si no hay precio desaparece la obligación.

El art. 19.1, b, de la Ley 18/1991, dispone que:

“Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en España por sujetos pasivos no residentes que actúen sin establecimiento permanente, el adquirente vendrá obligado a retener e ingresar el 10 por 100 del precio acordado en concep-

to de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquéllos.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando se trate de bienes inmuebles adquiridos con más de 20 años de antelación a la fecha de la transmisión y que no hayan sido objeto de mejoras durante ese tiempo”.

El artículo 73 del reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas desarrolla el precepto indicado en los siguientes términos:

1. Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en España, efectuadas por un sujeto pasivo no residente sin mediación de establecimiento permanente, el adquirente estará obligado a retener e ingresar el 10 por ciento sobre el precio total acordado en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquél.

2. El adquirente quedará liberado de la obligación de retener en los siguientes casos:

50

a) Cuando el transmitente acredite su sujeción al régimen de obligación personal del impuesto mediante certificación expedida por el órgano competente de la Administración Tributaria o mediante la exhibición de la declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiese vencido.

b) Cuando se trate de inmuebles adquiridos con más de 20 años de antelación a la fecha de la transmisión, que no hayan sido objeto de mejoras durante ese tiempo. A estos efectos el sujeto pasivo deberá hacer constar expresamente en documento público que el inmueble no ha sido objeto de mejoras en el referido período.

3. El obligado a retener deberá presentar declaración en el órgano competente de la Administración Tributaria del lugar de situación del inmueble e ingresar el importe retenido en el Tesoro Público, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la transmisión.

4. El sujeto pasivo deberá declarar e ingresar el impuesto definitivo, compensando en la cuenta el importe rete-

nido por el adquirente, en el plazo de tres meses contados a partir del término del plazo establecido para el ingreso de la retención.

La Administración procederá, en su caso, previas las comprobaciones que sean necesarias, a la devolución al sujeto pasivo del exceso ingresado a cuenta.

5. Excepción hecha de los casos contemplados en el apartado dos anterior, cuando la retención a que se refiere el apartado 1 no se hubiese ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto.

Obviamente, el Notario deberá informar a las partes de las obligaciones que imponen los preceptos citados (como también ocurre cuando se trate del Impuesto de Sociedades, según veremos). Especial importancia tiene para el adquirente ya que, por un lado conforme al art. 73.5, del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 30 de diciembre de 1991, cuando la retención no se hubiese ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto; y por otro lado el artículo 17.3, de la Ley 5 de 29 de junio de 1983, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria impone al retenedor la responsabilidad solidaria en el ingreso de las cuotas correspondientes. Según este último precepto:

Los sujetos pasivos no residentes a los que se refiere el presente artículo tributarán separadamente por cada devengo, total o parcial, de los rendimientos, a través del representante designado al efecto o, en su defecto, del pagador.

El representante o pagador, según proceda, responderá solidariamente del ingreso de las cuotas correspondientes a los rendimientos cuya gestión a efectos fiscales tengan encomendada o asuman.

Desde el punto de vista del adquirente, la posición a adoptar está clara: si el transmitente es extranjero, y no tiene tarjeta o permiso de residencia en España, vigente, se le considerará como no residente, en principio. Será el extranjero el que, de no estar conforme con esta calificación, deberá

probar su residencia. A veces esta cuestión queda facilitada cuando el transmitente actúa por medio de apoderado y el poder que exhibe su representante expresamente dice que el poderdante tiene su residencia en el extranjero. Naturalmente que esto no es decisivo, y puede probarse que actualmente el poderdante tiene su residencia en España, en cuyo caso, efectuada la prueba de tal condición, se haría constar en la "intervención" de la escritura la condición de residente del poderdante según acredita con la tarjeta de residencia o permiso de residencia, o con testimonio del mismo, y no procedería en tal caso la retención.

Pero aun siendo no residente, tampoco procederá la retención, según resulta de los preceptos antes transcritos en los siguientes casos:

Cuando la transmisión se efectúe por un sujeto pasivo no residente, que tribute por obligación real con mediación de establecimiento permanente. La razón es el distinto trato que tiene el sujeto pasivo según que los rendimientos o incrementos de patrimonio los obtengan por mediación de establecimiento permanente, o sin mediación de establecimiento permanente. En el primer caso tributarán por la totalidad de la renta imputable a dicho establecimiento, háyase obtenido en territorio español o en el extranjero, mientras que si tributan por obligación real sin mediación de establecimiento permanente, tributarán de forma separada por cada devengo total o parcial de renta sometida a gravamen (*cfr.* art. 16.2, Ley 18/1991). Por eso la Ley señala como presupuesto básico para la retención, que se trate de transmisiones de bienes inmuebles sitos en España, por sujetos pasivos no residentes que actúen sin establecimiento permanente por lo que estarán fuera de la hipótesis de la norma que ordena la retención los no residentes que actúen con mediación de un establecimiento permanente. Para este concepto véase cuanto exponemos a propósito de las inversiones directas consistentes en la creación o ampliación de sucursales o establecimientos.

Cuando no se trate de compraventa. La Ley presupone que se trata de un negocio jurídico de compraventa. Ciertamente que habla de “transmisiones” en general (“Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles ...” dice) pero no menos cierto es que la obligación que tiene el adquirente es retener e ingresar el 10 por 100 del precio acordado. Y si no hay precio no hay ni puede haber retención de parte alguna de precio.

Cuando, aun tratándose de compraventa, concurre una cualquiera de estas dos circunstancias:

1.^a Que el ahora transmitente hubiese adquirido el inmueble que ahora transmite con más de 20 años de antelación a la fecha de la transmisión, y además no hayan sido objeto de mejoras durante ese tiempo. En estos casos el sujeto pasivo, es decir, el transmitente, deberá hacer constar expresamente en la escritura de compraventa que el inmueble no ha sido objeto de mejoras en el referido período. La norma refiere el supuesto de excepción al momento de la adquisición, quiero decir que debe tratarse de un supuesto en que el ahora transmitente hubiese adquirido el inmueble hace más de 20 años, en relación al momento actual en que proyecta transmitir. No se refiere por tanto al momento de formalización de la adquisición, sino al momento mismo de la adquisición, que puede haberse producido antes, por ejemplo, si se firmó en primer lugar un documento privado, y más adelante se formalizó la escritura pública.

53

Ahora bien, aun cuando esto parece innegable, debe tenerse en cuenta: de un lado que tal adquisición con más de 20 años de antelación deberá probarse, y es dudoso que un solo documento privado sin fecha auténtica pueda servir al efecto; y de otro lado, que la calificación de la antigüedad de la adquisición la realizará la Hacienda, que la retención a que ahora nos referimos tiene una finalidad cautelar, y que no obsta a la devolución de lo retenido si se prueba luego tal antigüedad.

En resumen, salvo una prueba clara y auténtica de la

antigüedad de la adquisición en más de 20 años, lo que debe hacer el comprador es retener. Y todo ello sin perjuicio de la posible devolución por Hacienda de lo ingresado por la retención.

En el ejemplo contemplado quizá sea recomendable alguna manifestación del vendedor relativa a la antigüedad de la adquisición, y a la reserva de su derecho a la reclamación de lo ingresado por la retención. Y esto vale para todos aquellos casos en que el vendedor trate de eludir la retención con alegaciones no probadas o dudosas.

2.^a O que el transmitente acredite su sujeción al régimen de obligación personal del impuesto mediante certificación expedida por el órgano competente de la Administración Tributaria o mediante la exhibición de la declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiese vencido.

54

— Supuesto de diplomáticos españoles acreditados en el extranjero.— La circunstancia que acabamos de exponer, relativa a estar sujeto al impuesto por obligación personal, y que exime de la obligación de retener, se dará especialmente en los supuestos de diplomáticos españoles acreditados en el exterior, los cuales, no obstante, ser no residentes (a efectos del control de cambios), se les considera sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta por Obligación Personal a virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 18/1991. Este artículo incluye también, además de los diplomáticos, los miembros de la misión diplomática con rango de personal administrativo técnico o de servicios, a los miembros de las oficinas consulares, sea como jefe de las mismas, o como funcionario o personal de servicio a ellas adscritos, a personas que sean titulares de cargo o empleo oficial del Estado español como miembros de delegaciones y representaciones permanentes acreditadas ante organismos internacionales o que formen parte de delegaciones o misiones de observadores en el extranjero, y además incluye a los funcionarios en activo que

ejerzan en el extranjero cargo o empleo oficial que no tenga carácter diplomático o consular.

El hecho de que la sujeción al impuesto por obligación personal se establezca especialmente en la Ley para estos funcionarios, permite concluir que, acreditada la condición del sujeto y su inclusión en el ámbito de aplicación del precepto, no necesite una especial certificación acerca de que se halla sujeto al impuesto por obligación personal cuando esto ya lo dice la ley claramente y sin lugar a dudas para tales diplomáticos. En los casos en que ofrezca alguna duda deberá exigirse la certificación si se quiere evitar la retención.

—Diplomáticos extranjeros acreditados en España.— En cambio para los diplomáticos extranjeros acreditados en España, miembros de misiones diplomáticas extranjeras en España, como jefe de las mismas o como funcionario o personal de servicios a ellas adscritos, con excepción de vicecónsules honorarios o agentes honorarios y del personal dependiente de los mismos, así como miembros de delegaciones y representaciones permanentes acreditadas ante organismos internacionales radicados en España, entiendo que procede la retención por aplicación del art. 15 de la Ley 18/1991. Según este artículo “cuando no procediera la aplicación de normas específicas derivadas de los Tratados internacionales en los que España sea parte, no se considerarán sometidos por obligación personal, a título de reciprocidad y sin perjuicio del sometimiento por obligación real de contribuir, los súbditos extranjeros residentes en España, cuando esta circunstancia fuera consecuencia de alguno de los supuestos contemplados en el artículo anterior” (que es el que se refiere a diplomáticos españoles acreditados en el extranjero). El precepto añade que lo antes dispuesto “será de aplicación a los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas que por tal condición tengan su residencia en España”.

—Supuesto en que el inmueble que ahora se vende, pertenezca en comunidad a dos o más personas, de las cuales

alguna sea residente y las otras no residentes.— Sólo habrá obligación de retener por la parte correspondiente al no residente o a los no residentes. Lo contrario sería someter a los residentes a unas normas que no están pensadas para ellos.

— Supuesto de cónyuges, uno de los cuales sea residente y otro no.— Podrían plantearse graves dudas de interpretación. Creo podrían distinguirse los siguientes casos:

Cónyuges sujetos a un régimen económico matrimonial de separación de bienes. Entiendo que la retención sólo procederá cuando el bien ahora transmitido sea propiedad privativa del no residente. En este caso la retención será del 10 por 100 sobre el total precio. Cuando el no residente hubiese adquirido proindiviso con su cónyuge el bien que ahora vende, la retención del 10 por 100 sólo procederá en relación con su participación proindivisa en el bien vendido. Si el inmueble pertenece privativamente al cónyuge residente, no procederá la retención, y ello aun cuando por razón de las normas que regulen tal régimen de separación de bienes a las que pueda estar sometido el matrimonio, se exigiera el consentimiento del marido para esta enajenación.

56

Cónyuges sometidos a un régimen económico matrimonial de comunidad, sea de gananciales o análogo. Si con arreglo a las normas o capitulaciones que lo regulen el bien es privativo de uno de los cónyuges, o de ambos, se estará a lo que hemos dicho en el supuesto anterior. Si es un bien común todavía podría matizarse: Si la adquisición se hizo comprando ambos cónyuges, o uno solo “para la sociedad conyugal”, según horrenda fórmula que desgraciadamente es muy frecuente, creo que debe retenerse el 10 por ciento de la mitad del precio. Si la adquisición se realizó por uno de los cónyuges sin más especificaciones, sólo en defecto de prueba de la privaticidad del precio invertido por el cónyuge residente habrá que presumir que el bien tiene naturaleza común o ganancial y actuar en consecuencia.

— Supuesto de transmisión de inversiones realizada en el exterior.— Entiendo que procede la retención y ulterior

ingreso en el Tesoro, tanto si el adquirente es también no residente, como, con mayor razón, si dicho adquirente reside en España. Y tanto si el pago se realiza también en el extranjero como si se realizara en España al formalizar aquí la liquidación de la inversión. La razón es que tanto en la Ley (art. 19.1, b), como en el Reglamento (art. 73.1) se impone la obligación de retener al adquirente, sin distinguir si es o no es residente, y donde la Ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

En contra VICENTE-ARCHE DOMINGO (“Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto”, de Colex, 1993), con cita de una Resolución del TEAC de 24 de abril de 1991, cuya doctrina administrativa cree aplicable a estos casos, estima que “sería inútil configurar como colaboradora de la Administración a una persona que no se encuentra en relación de proximidad con la Administración, sino en la misma situación de lejanía que el propio contribuyente”. Obsérvese, sin embargo, que el inmueble no se halla en tal lejanía.

57

b. *Transmitente persona jurídica domiciliada en el extranjero.*

También en este supuesto hay obligación de retención. Pero ésta se rige no por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sino por la Ley 61 de 27 de diciembre de 1978, del Impuesto sobre Sociedades, artículo 23.5, en su nueva redacción dada por la DA 5.^a,7, de la Ley 18 de 6 de junio de 1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Según el art. 23.5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades:

“Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en España por sujetos pasivos no residentes que actúen sin establecimiento permanente, el adquirente vendrá obligado a retener e ingresar el 10 por 100 del precio acordado en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquéllos.

“Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplica-

ción cuando el titular del inmueble transmitido fuese una persona física y dicho inmueble hubiese sido adquirido con más de veintiún años de antelación a la fecha de la transmisión sin que haya sido objeto de mejoras durante ese tiempo”.

Por su parte el apartado 6, párrafo segundo del referido artículo 23, también en la nueva redacción dada por la Ley 18/1991 dispone que “si la retención a que se refiere el apartado 5 anterior de este artículo no se hubiese ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto”.

Así pues, para que proceda la retención se requiere como presupuesto:

Que se trate de transmisiones de bienes inmuebles situados en España por sujetos pasivos no residentes que actúen sin establecimiento permanente.

58

Que se trate de transmisión por compraventa. Eso no lo dice la Ley, pero entiendo que lo presupone: si lo que hay que retener es el 10 por 100 del precio acordado, es obvio que si no hay precio no se puede retener el precio.

Sin embargo, aun concurriendo las circunstancias o requisitos antes expuestos que en principio determinan la obligación de retener, no sería de aplicación tal obligación “cuando el titular del inmueble transmitido fuese una persona física y dicho inmueble hubiese sido adquirido con más de veintiún años de antelación a la fecha de la transmisión sin que haya sido objeto de mejoras durante ese tiempo”.

Es decir, para la exención de tal obligación de retener parece que es necesario la concurrencia a la vez de estos dos requisitos: que el titular del inmueble transmitido sea persona física, y, además que éste hubiese sido adquirido con más de veintiún años de antelación a la fecha de la transmisión sin que haya sido objeto de mejoras durante ese tiempo.

Pues bien, si, por hipótesis, estamos contemplando ahora la retención a personas jurídicas, parece que en todo caso procederá la retención.

Esta retención procederá aun cuando la transmisión se efectuase en el extranjero entre dos no residentes, incluso cuando el pago del precio se efectuase en el extranjero.

III. Supuestos especiales de inversión inmobiliaria

1. Time sharing.

— En el punto 1, párrafo segundo del art. 6.º se incluye la tan discutida figura de la adquisición de inmuebles para su disfrute a tiempo parcial (“time sharing”), aunque no lo expresa con la amplitud con que podría hacerlo, con las matizaciones que hubieran sido convenientes, aunque sólo fuera para salir al paso de verdaderos fraudes a la ley, producidos con la utilización de tal figura jurídica.

Literalmente contempla la adquisición “de cuotas proindivisas de un inmueble para su disfrute a tiempo parcial”. Si se parte de la base de que esta modalidad entraña la adquisición de cuotas proindivisas de un inmueble, no haría falta añadir más, y ni siquiera merecería su inclusión en la norma, por cuanto ya se comprendería en el marco más amplio del párrafo primero de este punto o apartado 1 si se tiene en cuenta que en definitiva la adquisición de una cuota proindivisa de un inmueble (se entiende de la propiedad o usufructo de un bien inmueble) es ya la adquisición al menos de un derecho real sobre un bien inmueble. Si tiene algún sentido es precisamente comprendiendo esta figura cualquiera que sea la modalidad con que se configure.

2. Obra nueva.

Recuérdese que entre las adquisiciones de inmuebles, figura la que tiene lugar a través de la accesión industrial, por edificación. De ahí que la realización de *obras nuevas y ampliaciones de las mismas* deben ser objeto del mismo

tratamiento que las demás adquisiciones inmobiliarias. Y en especial, como luego veremos, de la declaración de la inversión en la forma que determina la Resolución sobre procedimiento de tramitación y Registro de las Inversiones Extranjeras. Por cierto que ésta amplía el deber de declaración, no sólo a las obras nuevas y ampliaciones de las obras nuevas, sino también a las *reformas y mejoras susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad*, aunque el deber de declaración no surgirá hasta el momento mismo en que se produzca el otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra nueva (Instrucción 34.4).

60

Ya antes incluso del derogado RIE de 25 de septiembre de 1986 se había aplicado a las obras nuevas el régimen propio de las adquisiciones inmobiliarias, que a su vez, tenía como consecuencia la aplicación del régimen propio de las inversiones en actividad empresarial, en algunos casos. Así, en Resolución de la DGRN de 18 de julio de 1985 ante una denuncia de la DGTE contra un Notario por haber autorizado una escritura de declaración de obra nueva sin autorización (en etapa normativa en que ésta era necesaria para las adquisiciones de inmuebles que constituyesen actividad empresarial), y otorgada por persona física no residente, declara en sus Considerandos:

“Considerando que el objeto del presente expediente es determinar si era necesaria o no previa autorización administrativa, o, en su caso, verificación, para el otorgamiento de la escritura autorizada el 14 de octubre de 1984 por el Notario Don R. C. A., mediante la cual se formalizó declaración de obra nueva de diez “bungalows” por una persona física extranjera no residente en España.

Considerando, que para resolver esta cuestión, se hace necesario determinar previamente si la declaración de obra nueva de tales edificaciones constituye o no una actividad empresarial de extranjero no residente de acuerdo con lo dispuesto en el RIE (se refiere al RIE de 31 de octubre de 1974), pues de serlo, requerirá autorización administrativa

(artículo 23.1, en relación con el 13 del citado Reglamento) o, en su caso, según la cuantía, la denominada verificación prevista en el Real Decreto 623/81, de 27 de marzo, de modo que en uno u otro supuesto, con carácter previo, deberá acreditarse al fedatario su concesión (art. 29.1 del Reglamento y Resolución de la DGTE de 17 octubre de 1983).

Considerando, que según el mencionado artículo 23 del Reglamento, no se considera actividad empresarial (y, por tanto, no se requiere autorización administrativa individual) “la adquisición por personas físicas residentes en el extranjero de villas, chalés y, en general, de viviendas de uso individual o familiar”, por lo que es necesario elucidar si la declaración de obra nueva puede ser incluida en el supuesto contemplado por la norma; y en este sentido dos son las cuestiones por tratar: primera, si cabe o no equiparar, a estos efectos, declaración de obra nueva y adquisición; y segunda, en caso afirmativo, si esas villas o chalés a que alude el precepto han de ser de uso individual o familiar del declarante, o más bien es referido dicho uso únicamente a las viviendas.

61

Considerando, respecto del primer punto, que los términos del precepto no comprenden, pero tampoco excluyen, la declaración de obra nueva, que no es sino manifestación o declaración de una propiedad que surge “ex novo” y, por ello, no deja de ser una forma de adquisición; que, a mayor abundamiento, la Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, interpretativa de la norma que nos ocupa, autoriza con carácter general a las personas físicas extranjeras no residentes a contratar, mediante aportación dineraria exterior, la construcción de una vivienda unifamiliar, villa o chalet para uso propio del adquirente, construido sobre parcela de superficie no superior a cien mil metros cuadrados; y aunque no sean actos idénticos debe entenderse que tal precepto ampara no sólo la contrata de obras, sino también, y “a maiore”, la declaración de la obra nueva construida.

Considerando, que en cuanto a la segunda de las cuestio-

nes, que si bien el Notario señor C., alega en su informe que no tendría sentido englosar en el art. 23.2 del Reglamento el supuesto de adquisición de villas o chalés con el de viviendas de uso individual o familiar, cabe oponer a tal alegación que la tesis contraria (según la cual también esas villas o chalés han de ser de uso propio del declarante) puede apoyarse: en la propia letra del citado precepto; en la “ratio legis” de la norma (evitar que el extranjero no residente dedique no sólo las viviendas, sino también las villas o chalés a una explotación, ya sea en régimen de alquiler o en otro tipo de negocio); en la propia Resolución de la DGTE de 30 de julio de 1975, antes citada, que expresamente se refiere a “vivienda unifamiliar”, villa o chalet para uso propio del adquirente; y en la interpretación sistemática de la norma, según la cual, en relación con el párrafo 1.º del mismo artículo 23 significa que para poder adquirir más de tres viviendas, villas o chalés es necesario que se destinen a uso individual o familiar del adquirente.

Considerando, que de todo lo expuesto resulta la necesidad de previa autorización administrativa para el otorgamiento de la escritura en cuestión (o la previa verificación regulada en el Decreto 623/81, de 27 de marzo, si se considerase aplicable esta norma, vigente en el momento de autorización de dicha escritura), sobre todo teniendo en cuenta que el declarante de la obra nueva aseveró en el otorgamiento destinar la construcción de a “viviendas de tipo familiar” genéricamente, pero no a uso propio del mismo, lo que difícilmente podría ser dado el número y situación (colindantes entre sí) de los “bungalows” construidos”.

Bajo las actuales normas vigentes, el supuesto no estaría sometido a autorización. Pero sí estaría sujeto a verificación si el costo de la obra nueva de todos los chalés superase los quinientos millones de pesetas, o si el inversor fuese residente en paraíso fiscal. Es decir, la Resolución que acabamos de exponer no puede ser tenida en cuenta en ese sentido, ni tampoco, obviamente, la cita de preceptos legales que en ella

se contienen, todos ya derogados. Sí la he querido citar, y transcribir al menos los Considerandos expuestos, como muestra de la aplicación práctica en tema de inversiones extranjeras de la accesión industrial en bienes inmuebles. En definitiva la construcción de vivienda o edificios, es uno de los modos de adquisición de inmuebles tenida en cuenta a efectos de inversiones extranjeras. Y ello, aunque no debería hacer falta recordarlo, cuando estas afirmaciones resultan de las normas del propio Código civil, arts. 358 y siguientes reguladores del derecho de accesión respecto a los bienes inmuebles.

La declaración de obra nueva no produce la adquisición. Es obvio. La obra nueva lo que hace es formalizar tal adquisición ya producida. Y claro está que cuando esta adquisición se produce con infracción de las normas, no debe el Notario solemnizarla.

Desde el punto de vista del control de cambios, como antes hemos dicho, se tiene en consideración el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva, como punto clave que determina el deber de declaración de la inversión.

Esta declaración de la inversión se realizará cumplimentando al efecto el impreso modelo MC-3A, en el momento en que se produzca la formalización de dicha inversión ante Notario, es decir, en el momento del otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva (o 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 en el Registro.

3. Opción de compra.

Es posible acudir a esta figura con plena libertad. El inversor extranjero no debe cumplir para ello ningún trámite para la formalización de la opción de compra, aunque ésta se lleve a cabo, como será lo lógico a efectos de obtener una

mayor seguridad, en escritura pública. Y ello ni siquiera en los supuestos en que, por la cuantía, o por tratarse de inversor residente en paraíso fiscal, fuese necesaria la previa verificación del proyecto del inversor para la adquisición inmobiliaria.

Pero eso será para la formalización de la adquisición en su día. Para la opción de compra, y para su formalización, repito, no es preciso —desde el punto de vista del control de cambios— cumplir ningún requisito especial. Unicamente, si con motivo del otorgamiento de la opción de compra, el inversor extranjero entregara cantidades que pudieran aplicarse en su día al pago del precio en el momento de ejercitar su opción de compra, es elemental la cautela de justificar tal entrega. Por lo que no está de más —en este caso— el incorporar a la escritura de formalización de la opción los documentos justificativos de dichas entregas o fotocopias de los mismos.

64

No será necesario, ahora, cumplimentar el impreso de declaración MC-3A. Este impreso se cumplimentará en el momento de la adquisición de los inmuebles adquiridos en ejercicio de la opción de compra, pero repito que no es necesario, antes de la adquisición la formalización de dichos impresos. Así lo reconoce la Instr. 34.6 de la Resolución DGTE de 6 julio 1992.

4. Compra de piso futuro (o piso en construcción).

Se trata del supuesto en que el inversor extranjero concierta la compraventa a su favor de un piso en un edificio en construcción, o en un edificio a construir. Aquí conviene recordar las previsiones o cautelas que deben adoptarse para evitar un fraude o quebranto de los intereses del comprador, entre las que no debe olvidarse la de exigir al vendedor el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de 27 de julio de 1968, lo que obligará al vendedor a tener abierta una cuenta especial en Banco o Caja de Ahorros en los que habrán de

depositarse las cantidades que perciba, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Tema éste que quizá exceda del ámbito del presente estudio.

Desde el punto de vista del control de cambios es de recomendar que las cantidades que entregue en su caso, a cuenta del precio, las canalice a través de una entidad registrada, para preconstituir prueba de dichas entregas, a fin de poder justificar en su día, al formalizar la obra nueva, el medio de pago de la inversión. Obviamente, desde el punto de vista del control de cambios no es obligatorio que así se haga, pues según hemos estudiado al examinar los medios de pago de una inversión, aun siendo aportación dineraria, puede ésta efectuarse no sólo a través de entidades registradas sino por medio de billetes de banco españoles o extranjeros o cheques bancarios al portador, o a través de cuenta de residente abierta en el extranjero, todo ello conforme a los artículos 5, 6 y 7 del RD 1816 de 20 de diciembre de 1991 y al propio artículo 18 del RD 671/1992.

Sin embargo, también antes hacíamos referencia a las obligaciones que en evitación de fraudes impone a los vendedores de edificios en construcción la Ley de 27 de julio de 1968, lo que conducirá a la solución de que las entregas de dinero se domicilien en la cuenta que al efecto deberá abrir el vendedor.

Por otro lado, como luego veremos, será precisa en todo caso la justificación de las cantidades entregadas a cuenta, lo que también se verá facilitada con el sistema de pago a través de una entidad registrada.

Como no podía ser menos, en las propias instrucciones de cumplimentación del modelo MC-3A se indica la manera de rellenar el casillero 11 destinado a los medios de pago de la inversión, y se contemplan las distintas modalidades a que hemos hecho referencia.

En el caso frecuente en que el inversor entregue cantidades a cuenta, bien directamente a un promotor, bien a un

cesionario residente, no se cumplimentará el modelo impreso MC-3A hasta que se otorgue la escritura pública en que se formalice la compraventa. Así lo dispone la Instrucción 34.5, de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992. En ella por cierto se habla de “escritura notarial de adquisición”.

Dicha Instrucción ordena que en la mencionada escritura “se dejará constancia de la justificación de las referidas cantidades entregadas a cuenta”.

Es decir, que en la escritura de formalización de la compraventa es donde deben contenerse las manifestaciones oportunas acerca de la justificación de las cantidades entregadas a cuenta. A tal fin es recomendable que se incorpore a la matriz, la certificación o resguardos bancarios acreditativos de tales pagos o fotocopia de los mismos o en general de cualquier documento que pruebe dichos pagos. También se incorporará a la escritura en los términos que ya hemos visto con carácter general para toda adquisición inmobiliaria, el ejemplar “copia” del modelo declaración MC-3A.

66

5. Compraventa de inmuebles con precio aplazado.

No existe particularidad alguna, en control de cambios, para los supuestos en que el precio de la compraventa de inmuebles se aplaze en todo o en parte, y tanto si el pago del precio por el inversor extranjero comprador se garantiza con condición resolutoria o con hipoteca o con cualquiera otra garantía, como si no existen especiales garantías. Véase el epígrafe II,4,B,b, sobre justificación de los pagos efectuados con posterioridad a la formalización de la inversión.

6. Permuta.

A veces, para la adquisición de un inmueble, el adquirente inversor extranjero da en contraprestación un bien no dinerario. Si éste tiene el carácter de inversión extranjera se producirá un supuesto de inversión (por el inmueble que

adquiere) y de desinversión (por el bien o bienes que entrega en contraprestación). En estos casos deberá tramitarse simultáneamente la declaración de la liquidación de la inversión, de modo que en la propia escritura de permuta quedará unida junto al ejemplar copia del impreso MC-3A de declaración, el MC-3B de liquidación si lo entregado a cambio es un bien inmueble, o el MC-1B si se tratara de acciones o participaciones en sociedades españolas, etc. Así parece deducirse de la Instrucción 7.^a,9, de la Resolución de la DGTE de 6 de julio de 1992.

7. Aportación de solar a cambio de pisos o locales a construir en el mismo.

Estoy contemplando aquí el caso del inversor extranjero, dueño de un solar, que ahora pretende cederlo a un contratista residente a cambio de obtener la propiedad de pisos o locales en el edificio que éste se obliga a construir dentro de cierto plazo.

En esta operación se producen dos fenómenos distintos pero interconectados: una liquidación actual de inversión en inmuebles (por el solar que el inversor extranjero transmite ahora al contratista), y una nueva inversión en inmuebles (por los pisos o locales que va a recibir a cambio). Ahora bien, así como la liquidación de la inversión (en el solar), se produce ya, actualmente, no ocurre lo mismo con la adquisición de los pisos o locales que ha de recibir a cambio, ya que por hipótesis, tales locales o pisos deberán ser construidos por el cesionario de la propiedad del solar. Realmente esta operación podría configurarse como una permuta de solar a cambio de piso o local a construir. Permuta de un bien presente por un bien futuro (véanse otras posibles configuraciones en mi estudio "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración del contrato de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en RDN, Abril-Junio 1967). El inversor no adquiere, al celebrar el

contrato de cesión de solar a cambio de viviendas o locales a construir, un derecho real sobre tales locales o viviendas inexistentes, sino un derecho de crédito frente al contratista para exigirle la construcción y luego la entrega de los pisos convenidos y en la forma y características convenidas. Hay un problema evidente que no escapa a quien se enfrente con esta figura, y es la posibilidad de fraude a los intereses del inversor por un contratista sin escrúpulos. Los remedios se hallan en las garantías de toda índole que el inversor pueda exigirle antes de decidirse a estampar su firma en un contrato como éste. Por mi parte me remito en estas cuestiones a mi estudio antes citado, y me limito ahora a las cuestiones más directamente relacionadas con el control de cambios.

68

A la escritura que formalice el contrato de cesión de solar a cambio de viviendas o locales a construir en él, se unirá el ejemplar "copia" del impreso modelo MC-3B, y en el casillero 9 del mismo se marcará el espacio dedicado a "aportación no dineraria" con el código correspondiente a la clase de aportación, que en este supuesto que contemplamos por hipótesis será "inmuebles situados en España", y, por tanto, se marcará con el número "1", que es el que corresponde a esta modalidad. En el casillero n.º 10 relativo a la "forma de pago" se marcará la cuadrícula reservada para la modalidad "aplazado".

Pero no debe en este momento, es decir, al otorgar la escritura de cesión de solar, unirse el impreso de declaración de inversión. Esto deberá hacerse cuando, una vez terminada la construcción y cumplidos todos los trámites precisos para que sea posible, se proceda por el contratista a terminar de pagar la prestación que le incumbe, que no sólo es de construcción de los pisos o locales pactados, sino de entregarlos al cedente del solar, es decir, al inversor extranjero. Y todo ello por aplicación analógica de la norma de la Instrucción 34.5, que contemplando la hipótesis de entrega a cuenta de cantidades con destino a la adquisición de edificios en cons-

trucción, ordena que no se cumplimente el modelo impreso MC-3A hasta que se otorgue la escritura pública que formalice la adquisición. A estos efectos podríamos decir —y permítaseme la expresión— que la cesión del solar opera más aún que como “una entrega a cuenta”, como una entrega definitiva, pero que se puede enmarcar en el ámbito de dicho precepto.

8. Donación de inmuebles a no residentes.

Las vicisitudes normativas que han experimentado las donaciones de inmuebles a favor de no residentes han experimentado la evolución general de las demás figuras de inversión hacia una mayor liberalización. Se empezó con la necesidad de autorización que se entendía comprendida en la Disposición Adicional cuarta de la LIE de 31 de octubre de 1974, Disposición Adicional séptima del RIE de 31 de octubre de 1974, y Disposición Adicional cuarta de la LIE de 27 de junio de 1986, Disposición Adicional séptima del RIE de 25 de septiembre de 1986. Digo se entendía, pero no correctamente. Me explicaré, las DDAA citadas se referían a varias figuras pero no a las donaciones. Comprendía una serie de actos relativos a transmisiones a título gratuito “mortis causa” (sucesión testada o intestada, donación por causa de muerte o actos de naturaleza análoga) entre los cuales no se comprendía el que ahora examinamos. La autorización era precisa, no por aplicación de este artículo, sino por aplicación del artículo 3.º,1. 5.ª del RD 2402 de 10 de octubre de 1980. Me remito por lo demás a mi estudio “La libre circulación de capitales: la adquisición de inmuebles por extranjeros”, en Revista “Noticias CEE”, n.º 15, abril 1986, págs. 83 y sgtes.

Más adelante, la Orden de 4 de febrero de 1990, en su artículo 3.º,1, autorizó con carácter general las transmisiones “inter vivos” a título gratuito que den lugar a una inversión extranjera en España, pero sometiénolas al trámite de la previa verificación administrativa.

El actual RD 671 de 2 de julio de 1992, en su Disposición Adicional 3.^a,1, párrafo primero, las liberaliza todavía más si cabe, aunque con una redacción desafortunada que ha movido a confusión a muchos intérpretes. En efecto, dice tal norma:

“Los sujetos a que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto (es decir, los que pueden ser titulares 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 presente Real Decreto 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.”

70

En mi estudio “La liberalización del control de cambios y las inversiones extranjeras en España” (en Revista Jurídica del Notariado, n.º 3, julio-septiembre 1992, pág. 64) afirmaba que “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.”

Ahora podemos repetir lo mismo, y con mayor razón por cuanto tal criterio ha sido confirmado por la DGTE en escrito circulado por la DGRN con fecha 27 abril 1993. En el mismo, la DGTE dice:

“La Disposición Adicional Tercera 1 del Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, somete las adquisiciones lucrativas ‘inter vivos’ que realicen los no residentes al mismo régimen que las onerosas, requiriendo verificación en los mismos casos en que la requieren éstas. Esta interpretación viene apoyada por el propio tenor literal de la norma (“... se somete a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Real Decreto para la clase de inversión de que se trate ...”), sin que la posterior referencia especial al trámite de verificación excluya la posible necesidad de autorización, como evidencia el párrafo 2 de la misma disposición adicional, ni la posibilidad de no exigencia de trámite previo alguno cuando así se establezca en las normas aplicables a la clase de inversión de que se trate”.

Por consiguiente, la regla general será la de libre adquisición de inmuebles por donación sin necesidad de verificación ni autorización.

71

Se someterán a verificación las donaciones de inmuebles a favor de residentes en paraísos fiscales, cualquiera que sea el valor del inmueble donado. Así como las donaciones de inmuebles cuyo valor supere los 500.000.000 de pesetas cualquiera que sea el país extranjero en que resida el titular de la inversión, es decir, el donatario.

Se someterán a autorización de Consejo de Ministros las donaciones de inmuebles a favor de Gobiernos y entidades de soberanía extranjera (tal como se entiende esta expresión por la DA 1.ª del RD 671/1992) pertenecientes a Estados no comunitarios. También, aunque por razones distintas a control de cambios, la donación de inmuebles en áreas no exceptuadas de zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, se someterán a la necesidad de obtener previa autorización militar en la forma que se estudia en el epígrafe correspondiente.

A la escritura de donación se unirá el ejemplar “copia” del impreso declaración MC-3A.

IV. Breve referencia a las adquisiciones de bienes inmuebles en zonas estratégicas (zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros)

A esta materia le dedico un tema especial, al que me remito, en donde estudio con detalle los problemas que pueda ofrecer la regulación y aplicación práctica de la misma, en relación con estas zonas y de las zonas de interés para la defensa nacional, así como otras modalidades como las zonas de seguridad de las instalaciones militares. Pero me ha parecido conveniente incluir en el presente trabajo, al menos, una breve referencia a las inversiones en las zonas estratégicas, en el presente epígrafe, y a las inversiones en las zonas de interés para la defensa nacional en el epígrafe siguiente.

Empezaré por las zonas estratégicas.

72

Hablamos de zonas estratégicas utilizando una expresión abreviada para referirnos a las *zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros*. Se rigen fundamentalmente por Ley 8 de 12 de marzo de 1975, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, su Reglamento aprobado por RD 689 de 10 de febrero de 1978, y Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983. Hay, por supuesto, muchas normas que la propia disposición final tercera del Reglamento declara en vigor y que regulan diversos aspectos de la materia que es objeto de esta legislación. Pero fundamentalmente las que nos interesan ahora son las ya citadas.

1. Determinación y delimitación de las zonas estratégicas.

La determinación y delimitación de las zonas estratégicas, según el artículo 17 de la Ley, se realizará por Decreto. Lo ha hecho ya el Reglamento antes citado que en su art. 32, distingue:

a) Territorios “insulares”, que comprende la totalidad de las islas e islotes de soberanía nacional.

b) Territorios *peninsulares* que comprende las zonas de Cartagena, la del Estrecho de Gibraltar, la de la Bahía de Cádiz, la zona fronteriza con Portugal, la de Galicia, y la zona fronteriza con Francia.

Y c) Territorios españoles del *Norte de Africa*.

La delimitación de los territorios peninsulares se hace en el Anexo II del Reglamento, y se complementa y es útil también la Orden antes citada de 21 de octubre de 1983, ya que también en su Anexo II se inserta la relación de términos municipales que en cada distrito hipotecario se hallan afectados por las limitaciones establecidas para las zonas estratégicas, con la particularidad de que además de a los territorios peninsulares comprende los de las Islas Baleares, y los de las Islas Canarias. Pero además se prevé que por las Capitanías Generales se remitan a los Registradores de la Propiedad en cuyo distrito existan municipios afectados por las limitaciones de la Ley de zonas, unos planos en los que se señalará el perímetro total del término, las líneas que dentro del propio término definan el perímetro de la zona, y las líneas que dentro del anterior señalen las áreas exentas de la aplicación de las limitaciones de la Ley.

73

2. Limitaciones establecidas.

Las más importantes y que ahora nos interesa en el presente tema, son las contenidas en los arts. 18 de la Ley y 37 del Reglamento. En virtud de estos preceptos quedan sujetas a la necesidad de autorización militar:

a) La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase.

b) La constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas, a favor de personas extranjeras.

c) La construcción de obras o edificaciones de cualquier

clase así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros.

Cuando se tratase de transmisiones *mortis causa* se tendrá en cuenta el artículo 46 del Reglamento, conforme al cual:

1. "Cuando la adquisición de fincas o la constitución de derechos reales sobre las mismas a favor de extranjero se verifique por título hereditario universal o singular, los interesados deberán solicitar la autorización exigida por el artículo 37 de este Reglamento en el plazo de tres meses, o proceder a la enajenación de los bienes en el término de un año, contados ambos desde que el adquirente pudo ejercitar legalmente sus facultades como titular del dominio o del derecho real de que se trate.

74

2. Transcurrido el plazo de un año sin haberlo enajenado, o el mismo plazo contado a partir de la fecha en que se negó la autorización solicitada, el Ministerio de Defensa podrá proceder a la expropiación forzosa con arreglo a lo previsto en el artículo 44.

3. Iguales plazos y consecuencias serán aplicables a los casos en que un súbdito español pierda esta nacionalidad y cuando por disolución de sociedad se adjudiquen derechos reales sobre bienes inmuebles a un titular extranjero."

3. Superficies exceptuadas.

Quedan fuera del ámbito de estas limitaciones la superficie ocupada por los núcleos urbanos de poblaciones *no fronterizas* o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales en la fecha de entrada en vigor de la Ley y del Reglamento, lo que tuvo lugar el 14 de abril de 1978. Respecto de las futuras se aplicará lo dispuesto en este párrafo siempre que consten en planes aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio de Defensa, o lo hubieran sido en su

día por el Ministerio militar correspondiente (*cfr.* art. 35.1, del Reglamento, y Ress. de la DGRN de 27 y 28 de marzo de 1979 y 13 de junio de 1979).

La Orden antes citada de 21 de octubre de 1983 en su artículo 6.º aclara que las expresiones “núcleo urbano”, “zona urbanizada”, y “zona de ensanche”, contenidas en el artículo 35 del Reglamento quedan subsumidas dentro del concepto urbanístico vigente de “suelo urbano”.

En consecuencia entiende que, cuando la fecha de aprobación del Plan Urbanístico sea anterior al 14 de abril de 1978 (fecha de entrada en vigor de la Ley y del Reglamento de Zonas), todo el suelo urbano del término municipal quedará comprendido en las áreas exentas de la aplicación de las limitaciones.

Respecto a los terrenos que adquieran la cualidad de suelo urbano con posterioridad a aquella fecha, se estará a lo que resulte del acto de aprobación del Plan Urbanístico, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del art. 35 del Reglamento.

75

4. Sujetos afectados por las limitaciones.

Son “en principio” los extranjeros, sean o no residentes en España. Independientemente de que el sujeto pueda merecer la condición de sujeto de inversión extranjera, aquí las limitaciones se imponen no por razón de control de cambios, no por razón de inversión extranjera, sino por razones de defensa nacional. Sin perjuicio de que *además* se observen en el caso concreto las normas sobre inversiones extranjeras si el afectado es sujeto inversor extranjero, las normas que estamos contemplando no tienen en cuenta ni la residencia ni el medio de pago. Tan sólo la nacionalidad.

Con la entrada de España en las Comunidades Europeas, se planteó la cuestión de si las limitaciones que examinamos afectaban también a los *ciudadanos de Estados miembros de la CEE* o no. En el tema en que estudio estas zonas hago

una exposición de las vacilaciones que se han manifestado sobre este particular. Ahora sólo diré que la cuestión ha sido resuelta ya por norma con rango de Ley, aunque sea una Ley de Presupuestos.

En efecto, la Ley 31 de 27 de diciembre de 1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, en su artículo 106, entre otras modificaciones, introduce una disposición adicional a la Ley 8 de 12 de marzo de 1975, en la que excluye a los nacionales de Estados miembros de la CEE de las limitaciones de la Ley de Zonas. Para las personas jurídicas de la CEE, se les aplicará el mismo régimen que a las personas jurídicas españolas. Todo ello salvo que hubiese indicios racionales de que las fincas adquiridas o que se pretenden adquirir o las obras realizadas o que se pretenden realizar se utilizasen para fines contrarios a la defensa nacional (*cfr.* apartado 2 de esta añadida disposición adicional, en relación con el artículo 24 de la Ley de Zonas).

76

La norma referida no dice para las personas físicas lo que para las jurídicas, es decir, que podrán adquirir en las mismas condiciones que los españoles. En cambio así lo estableció el artículo 12 de la LIE, reformado también por el precepto citado de la Ley de Presupuestos para 1991. En este artículo 12 se ordenaba en su párrafo segundo que la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional, no será de aplicación “a las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la CEE, que podrán adquirir los inmuebles ubicados en dichas zonas en las mismas condiciones que los nacionales españoles”.

Entiendo que hay que interpretar la DA añadida a la Ley de Zonas, en el sentido que la propia norma establece para las personas jurídicas, o sea, que podrán adquirir inmuebles o derechos reales sobre los mismos o realizar obras, en las mismas condiciones que los españoles y con las salvedades que se deriven de la eventual aplicación del artículo 24 de la Ley de Zonas a que antes nos hemos referido. De otro modo se daría la circunstancia paradójica de que los propios españoles

no podrían adquirir en Ceuta y Melilla, sin autorización militar, mientras que los comunitarios podrían hacerlo con plena libertad. Menos mal —permítaseme la licencia— que también los españoles somos comunitarios, y por esa vía quedaría sin efecto la Disposición Final 1.^a del Reglamento de Zonas (después de su redacción por RD 2636, de 12 de agosto de 1982) con todos los problemas que en esas zonas podrían plantearse dada su situación. En serio, creo que la interpretación de la norma ajustada a la realidad del momento actual, al interés general, a la lógica, y a la finalidad que pretende la norma que no es sino la de acabar con la discriminación entre españoles y comunitarios, no debe ser la de consagrar otra discriminación pero esta vez en beneficio de los comunitarios, sino la de equiparación de unos y otros, tal como se hace para las personas jurídicas, y tal como hacía según hemos visto, el artículo 12, párrafo segundo reformado, de la LIE, ya derogada.

77

El Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de junio de 1992 (Sala 3.^a), en su fundamento jurídico 2.^o, proclama que “desde que España se incorporó a la CEE, la normativa comunitaria es de directa aplicación en nuestra Nación, primando sobre cualquier norma de Derecho interior que pudiera contradecirla, y concretamente sobre la Ley 8/1975 y su reglamento, cuyas disposiciones es de entender derogadas en cuanto establecen una discriminación para la adquisición de propiedad inmobiliaria entre españoles y extranjeros en determinadas zonas del territorio nacional”.

Naturalmente que la expresión poco afortunada “es de entender derogadas”, contenida en la citada Sentencia, debe interpretarse en el sentido de que “la discriminación entre españoles y extranjeros que hace la Ley 8/1975 no es aplicable a los ciudadanos comunitarios”, pero que tales normas han quedado derogadas, es otro cantar.

Por tanto, las *personas físicas y jurídicas de nacionalidad española o comunitaria* (es decir, de país miembro de la CEE), se hallan en principio exentos de la aplicación de

estas limitaciones, por lo que se refiere a las zonas estratégicas en general.

Pero no obstante afectan tales limitaciones:

A las *personas físicas y jurídicas españolas y comunitarias* cuando se trate de Ceuta y Melilla.

A las *personas jurídicas españolas y comunitarias*, en todas las zonas, cuando su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras no nacionales de un Estado miembro de la CEE, en proporción superior al 50 por 100, o cuando aun no siendo así, los socios extranjeros no comunitarios tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de los mismos en la gestión de la sociedad; dicha comprobación se verificará conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca. El cómputo del porcentaje de inversión extranjera a que se ha hecho referencia se llevará a cabo conforme a los criterios establecidos en la vigente normativa sobre inversiones extranjeras en España (*cfr.* art. 19 de la Ley de Zonas, después de su reforma por la Ley de Presupuestos para 1991).

78

Nótese que en esta materia lo que se tiene en cuenta, por nuestras normas, no es la residencia, sino la nacionalidad.

5. Competencia para conceder la autorización militar.

Corresponde al Ministro de Defensa. Se tramita a través de las Capitanías Generales.

Sin embargo, se han delegado las siguientes competencias:
Por Orden n.º 73 de 30 de diciembre de 1980:

En los *Capitanes Generales de las Regiones Militares*, la concesión de permisos para llevar a cabo obras menores como la construcción de cobertizos, garajes, pequeñas modificaciones en edificios, que no supongan modificación a la autorización concedida por el Ministerio de Defensa en cuanto al número de viviendas, apartamentos o bungalows cuando los peticionarios sean extranjeros y afecten a terrenos

o fincas incluidas en zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros.

Por Orden n.º 43 de 25 de mayo de 1983:

En las autoridades militares jurisdiccionales de cada uno de los tres Ejércitos:

—La concesión de la autorización prevista en el art. 14 del Reglamento de la Ley de Zonas para plantaciones arbóreas o arbustivas y para levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie en las “zonas lejanas de seguridad” de las instalaciones militares del grupo primero (bases militares terrestres, navales o aéreas, acuartelamientos, etc.), que dependan de dichas autoridades, cuya autorización podrán conceder siempre que no impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate o queden expuestos a sufrir, por dicho empleo, daños susceptibles de indemnización.

—La concesión de la autorización prevista en el art. 27 del Reglamento de la Ley de Zonas para instalación de industrias o actividades que con arreglo a los Reglamentos Generales (y locales en su caso), vigentes en la materia, puedan calificarse de molestas, insalubres, nocivas o peligrosas dentro de una franja de 2.000 metros de anchura en torno a las instalaciones del grupo quinto (campos de instrucción y maniobra) tomada la distancia desde su perímetro exterior, condicionando dicha autorización a la inclusión de dispositivos de corrección de humos, emanaciones y similares, de forma que garanticen que no perjudicarán gravemente la salud ni impedirán la visibilidad y demás condiciones de actuación eficaz en el campo militar de que se trate.

En los Capitanes Generales de las Regiones Militares, la concesión de autorización prevista en el art. 82 del Reglamento de la Ley de Zonas relativas a solicitud de adquisición por extranjeros de terrenos o fincas que no rebasen los 2.000 metros cuadrados de superficie. Esta autorización no tendrá lugar cuando el solicitante sea ya titular de terrenos o propiedades cuya superficie unida a la que desea adquirir, rebase

la extensión mencionada en el párrafo anterior, ni cuando el Capitán General estime que debe informar otro Ejército.

Por Orden de 11 de febrero de 1987:

En el Director General de Infraestructura de Defensa, (DIGENIN), las atribuciones que tiene conferidas el Ministro de Defensa por la Ley de Zonas, y su Reglamento, “excepto las comprendidas en el art. 22.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (se refiere a una serie de casos que dicha norma exceptúa de la posibilidad de delegar, como son los que hayan de ser objeto de resolución por medio de Decreto, o requieran acuerdo o conocimiento del Consejo de Ministros, o Comisiones Delegadas, los que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado y otros altos organismos, los que hayan sido informados preceptivamente por el Consejo de Estado, los que den lugar a la adopción de disposiciones de carácter general, y los recursos de alzada que proceda contra los acuerdos de los subsecretarios en materia de su competencia. Actualmente en muy parecido sentido, el art. 13.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y las que fueron delegadas por las Ordenes 73/1980, de 30 de diciembre, y 43/1983, de 25 de mayo, en las autoridades militares y jurisdiccionales de cada uno de los tres Ejércitos y en las Capitanías Generales de las Regiones Militares”.

Tratándose de Ceuta y Melilla la concesión de autorización compete al Consejo de Ministros.

V. Adquisición de inmuebles en zonas de interés para la defensa nacional

Como tales se consideran, según el art. 2.º de la Ley de Zonas, las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyen o puedan cons-

tituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin.

La declaración de tales zonas se hará por Decreto, según el art. 5.º de la Ley, y en el Decreto de creación, se determinará la zona afectada y se fijarán las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan referentes entre otras a la utilización de la propiedad inmueble.

La primera de las zonas de interés para la defensa nacional (y que yo sepa la única hasta ahora) es la del superconocido "Polígono de Anchuras" creado por RD 811 de 20 de julio de 1988.

Dicha zona comprende un espacio delimitado por las coordenadas geográficas que se detallan en dicho RD, y está situada en la provincia de Ciudad Real, en el linde con Extremadura.

Sobre la misma se impone la necesidad de solicitar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para:

81

- a) Transmisión de propiedades.
- b) Constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y cualesquiera otros derechos reales.
- c) Construcción o edificación de obras de cualquier clase, así como para la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas.

La particularidad que presenta es la de que las limitaciones impuestas afectan por igual a españoles y a extranjeros, por tanto también a los comunitarios.

VI. Especial consideración de Baleares

En Baleares confluyen dos regímenes: De un lado Baleares es zona de acceso restringido a la propiedad por extranjeros; pero de otro hay en Baleares una zona militar de costas y fronteras que además tiene especiales características, de singular importancia, y que en cierto modo viene a ser un anticipo de las actuales zonas de interés para la defensa

nacional. En cuanto zona de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, Baleares sigue el régimen general con alguna particularidad que ahora no interesa considerar. Pero sí tiene ahora interés hacer alguna referencia a la zona militar de costas y fronteras para llegar a las conclusiones generales en cuanto a las limitaciones afectantes a españoles y extranjeros en las inversiones inmobiliarias en dichas islas.

Según la Disposición Transitoria tercera del Reglamento de ejecución de la Ley 8/1975 de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, aprobado por Real Decreto 869/1978 de 10 de febrero: "Continuará en vigor el Decreto sobre Zona Militar de Costas y Fronteras de 15 de febrero de 1933 y demás disposiciones complementarias del mismo hasta la publicación de los Decretos a que se refiere el artículo 5º de este reglamento, los cuales irán sustituyendo, a medida que se publiquen, a las antedichas disposiciones".

82

La vigencia de esta disposición, y por tanto de las normas a que se refiere, la ha reconocido el Ministerio de Defensa a través de tres Circulares de la Dirección General de Política de Defensa de 18 de septiembre de 1986 (Circulares números 4.860, 4.862 y 4.863 dirigidas respectivamente a los Jefes de los Estados Mayores del Ejército, de la Armada y del Aire).

Pues bien, en principio, las limitaciones contenidas en el Decreto sobre Zona Militar de Costas y Fronteras de 15 de febrero de 1933, no afectan a las adquisiciones o negocios sobre transmisión, adquisición, gravamen o hipoteca de inmuebles ubicados en las mismas, sino tan sólo a las obras consistentes en construcción de caminos, carreteras, ferrocarriles y aeródromos, que precisan la "aprobación" del Ministerio de la Guerra (hoy Ministerio de Defensa).

Dichas limitaciones afectan a personas físicas o jurídicas españolas y extranjeras, comunitarias o no.

Ahora bien, por Decreto de 1 de junio de 1933 se modificó el artículo 4 de este Decreto de 15 de febrero de 1933

en cuanto a Baleares, en el sentido de que, además de las construcciones que en él se citan, habrán de ser sometidas a la aprobación del Ministerio de la Guerra (hoy Ministerio de Defensa), en la forma prescrita actualmente para las vías de comunicación y aeródromos, *todas las edificaciones, incluso las urbanas*, que hayan de efectuarse dentro de una *zona de cinco kilómetros de anchura*, contada a partir de la costa, *en toda la periferia de las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza, y, en la totalidad de su extensión, por lo que respecta a las de Cabrera y Formentera.*

Tal norma se desarrolla por Decreto de 5 de junio de 1934, en cuyo artículo 1 se dice:

La ejecución de cualquier clase de construcciones y obras que hayan de efectuarse en la zona militar de costas y fronteras fijada para Baleares por Decreto de 1 de junio de 1933, precisará previa autorización del Ministerio de la Guerra (hoy Ministerio de Defensa), para cada caso de las que se hallen *separadas de los cascos de las poblaciones o de sus planes de urbanización y ensanche, y de conjunto para todos los que se lleven a cabo en ella por Ayuntamientos o por entidades o empresas y que comprendan agrupaciones de edificios.*

A la instancia solicitando autorización para construir se unirá plano de la edificación de que se trate, indicando su situación referida a dos puntos conocidos y fijos del terreno.

“El Comandante Militar de las islas podrá, tratándose de españoles y de construcciones corrientes, autorizarlas, dando cuenta de ello al Ministerio de la Guerra” (hoy Ministerio de Defensa).

Es decir, a la vista de estas disposiciones podemos sentar las siguientes conclusiones respecto al régimen de limitaciones del dominio por razón de defensa nacional afectante a las islas Baleares:

1. *Personas físicas y jurídicas de nacionalidad española o comunitaria.*

No les afectan las limitaciones referentes a la necesidad

de previa autorización militar para adquisiciones del dominio o de cualquier otro derecho real (incluida la hipoteca), sobre bienes inmuebles de cualquier naturaleza, cualquiera que sea la isla y lugar de la isla, en Baleares.

A estos efectos, como a los del régimen general de zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, debemos entender que no son sociedades españolas ni comunitarias, aquéllas en que su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras, no nacionales de un Estado miembro de la CEE, en proporción superior al 50 por 100, o cuando aun no siendo así, los socios extranjeros no comunitarios tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar la existencia de una influencia decisiva de los mismos en la gestión de la sociedad.

84

En cambio les afectan, tanto a españoles como a comunitarios, sean personas físicas o jurídicas, las limitaciones consistentes en la necesidad de previa autorización militar para la realización de cualquier clase de construcción, obra o edificación sobre cualquier finca que se halle separada de los cascos de las poblaciones o de sus planes de urbanización y ensanche, y que se encuentre en la Zona Militar de Costas y Fronteras definida por el Decreto de 1 de junio de 1933 a que hemos hecho referencia en este epígrafe.

2. *Personas físicas o jurídicas de nacionalidad que no sea española ni de ningún país miembro de la CEE.*

Vaya por delante la advertencia que hemos hecho sobre la conceptualización de una sociedad, a estos efectos, como española o comunitaria. Este supuesto, a las personas no nacionales de España o país comunitario les afectan las siguientes limitaciones:

Las generales para todas las zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros.

Las especiales derivadas de las disposiciones a que hemos hecho referencia de particular aplicación a las Baleares.

VII. Negocios otorgados sin la preceptiva verificación o autorización, o hallándose éstas caducadas

Partimos de la base de que el Notario no debe autorizar negocio jurídico alguno sujeto a previa verificación administrativa o a previa autorización administrativa, sin que se le justifique haber obtenido una u otra si para el negocio concreto de que se trate es necesaria. Y así se desprende de la norma del art. 17.1, del RD 671/1992.

Ahora bien, en este tema se plantean varias cuestiones distintas: una es la de si puede otorgarse el negocio bajo la condición suspensiva de la previa obtención de verificación o autorización. Otra es la de si el negocio otorgado sin condición suspensiva, y sin verificación o autorización es eficaz o no. Y otra la de si la verificación o autorización omitida puede obtenerse con posterioridad al otorgamiento del negocio.

85

Veamos todas ellas:

1. Negocio bajo condición suspensiva de obtener la preceptiva verificación o la autorización.

1.^a *¿Cabe el otorgamiento bajo la condición suspensiva de su obtención?* La DGRN en Res. de 20 de octubre de 1980, y con relación a un supuesto de negocio otorgado sin la preceptiva autorización militar, por tratarse de adquisición de inmueble en zona estratégica, da por sentado que no es posible, y que si se otorga de ese modo se contraviene el texto literal del mandato contenido en el art. 20 de la Ley de Zonas, y el 40.1, de su Reglamento. Reitera este mismo criterio la Res. de 23 de marzo de 1981.

Sin embargo, el negocio jurídico otorgado bajo la condición suspensiva de obtener una autorización administrativa no es un invento reciente y cuenta con una larga práctica y no sólo en tiempos próximos. Cierzo que en el caso de la primera Resolución había al parecer un auténtico fraude de

ley. Pero no creemos solución acertada el que en casos de “fraudem legis”, en lugar de suprimir o evitar el fraude en el caso concreto, se generalice el remedio y con ello se suprima el mismo negocio bajo condición que lo pueda causar, sin distinguir los casos en que su empleo responde a lícitas exigencias de las necesidades del tráfico jurídico, de aquellos otros en que el mecanismo de este negocio se emplea con fines torticeros.

Creemos posible el negocio bajo la condición suspensiva de obtener una autorización, siempre que:

Se suspenda realmente la eficacia del contrato en orden a la transmisión no sólo de la propiedad sino de la posesión.

Se suspenda la obligación del comprador del pago del precio.

En suma, se paralice la total eficacia del negocio en tanto no se produzca el evento condicionante. Porque de no ser así, más que una condición suspensiva sería en su caso una condición resolutoria.

Y lo que decimos sobre autorización, vale también para el supuesto de verificación.

Pero es más, en la práctica de la mayoría de las inversiones inmobiliarias que se pretendan mediante contrato de compraventa, sujetas a verificación o a autorización, y antes de que ésta o aquélla se soliciten, existe previamente un concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, es decir, una vinculación previa de las partes, ya sea bajo la forma de compraventa sujeta a la condición indicada, o sea bajo la forma de una promesa de comprar y vender para cuando se obtenga la verificación o autorización (recuérdese a este respecto el artículo 1.451 del Código civil), etc.

Es raro el supuesto en que el inversor extranjero, sin tener todavía seguridad de que el actual dueño (o persona legitimada para ello) le va a vender o transmitir el inmueble concreto que el primero desea adquirir, sin fijar todavía el precio y las condiciones del contrato, se lance a la petición

de la previa verificación o autorización, en la que muchos de los datos que tendrá que cumplimentar en el correspondiente impreso MC-6, especialmente los que se refieren al precio o contraprestación, no puede fijarlos con seguridad, al faltar una previa vinculación del que le va a transmitir. Es decir, el previo pacto bajo condición de obtención de autorización o verificación, se da en la mayoría de estos casos. Lo que ocurre es que tal pacto se mantiene oculto entre las partes, por ser un pacto verbal, o un pacto en documento privado. ¿Acaso no es mejor y más seguro para el inversor extranjero que tal vinculación previa y tales pactos se formalicen en escritura pública?

2. Consecuencias del otorgamiento del negocio sin la preceptiva autorización o verificación.

Con referencia exclusiva al control de cambios (para el supuesto de la autorización militar véase el tema sobre zonas estratégicas en donde me ocupo de esta materia) no hay duda que el otorgamiento del negocio, puro, sin la preceptiva verificación o autorización, constituye una infracción administrativa de control de cambios. Según la DA 4.^a del RD 671/1992 “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”. Así, por tanto, los infractores pueden verse sancionados de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Control de Cambios. Claro está que esta sanción sería improcedente en el supuesto en que el negocio se hubiese celebrado bajo condición suspensiva de obtención de la previa verificación o autorización, siempre que, como antes decíamos se tratase de una verdadera condición suspensiva.

Recuérdese que el procedimiento sancionador de las infracciones administrativas en materia de control de cambios, es en principio el regulado por el Reglamento del procedi-

miento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por RD 1398 de 4 de agosto de 1993, con las singularidades contenidas en el RD 1392 de 4 de agosto, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones administrativas en materia de control de cambios.

Pues bien, por la falta de la autorización o verificación, y sólo por ello, no puede afirmarse que el negocio jurídico por el que se celebre la adquisición inmobiliaria es un negocio nulo.

Podría el negocio ser nulo o anulable o rescindible o inexistente, si concurren los vicios o existen los defectos que provocan la correspondiente ineficacia. Entiéndase bien, que todo ello dentro del negocio y con relación a este negocio.

88 Pero cuando el negocio se celebra con todos sus requisitos, y con la plenitud de todos sus elementos, personales, reales y formales, sin vicio ni defecto alguno, la falta de un requisito totalmente extrínseco al contrato como es el de la previa verificación positiva, o de la autorización en su caso, no puede incidir por sí sola en la eficacia del contrato. En estos supuestos el contrato de compraventa a que nos venimos refiriendo sería un contrato eficaz como tal, pero al que le falta un requisito como es el de la autorización o verificación, impuesto por nuestro ordenamiento jurídico. Pero ni la Ley parece condenar con la nulidad este acto, ni tampoco éste va dirigido “contra” la Ley. Se trata en suma de un negocio incompleto, que puede ser completado con posterioridad según veremos.

A tal respecto nuestro Maestro FEDERICO DE CASTRO (“Derecho Civil de España”, 2.^a ed., Parte general, T. I, Madrid 1949, págs. 536 y sgtes.) al estudiar con toda precisión los requisitos de la nulidad conforme al antiguo artículo 4.º del Código civil, puso de relieve la necesidad de que exista no una mera disparidad o no conformidad entre la Ley y el acto, sino una verdadera contradicción jurídica entre ambos, que ha de manifestarse tanto del lado de la Ley como del acto.

En cuanto a la Ley, entiende DE CASTRO que “en términos generales, para que la nulidad se produzca de modo inmediato y necesario será preciso que dicha Ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, que lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Hay, en cambio —dice—, bastantes casos en los que la Ley ha rechazado expresa o tácitamente la sanción de nulidad; así por ejemplo, cuando la Ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión; el Derecho moderno, en los negocios jurídicos, acude sólo en último extremo a la declaración de su nulidad (“favor negotii”) y los salva de ella —según los casos— mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión ...”

Y en cuanto al acto, entiende DE CASTRO es preciso que tal acto en sí o en alguno de sus elementos esenciales contradiga a la Ley. “El artículo 4.º —dice— hasta por su mismo origen histórico repudia los actos dirigidos contra la Ley, no a todos los actos no conformados según los preceptos legales.”

Por ello entiende que no pueden considerarse nulos, entre otros, los actos incompletos, pues, a diferencia de lo que ocurre con los actos ilícitos, pueden ser completados, revalidados o confirmados.

Por otro lado, como dice BONET CORREA (“Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa”, en ADC, 1971, págs. 149 y sgtes.) la autorización, más que afectar a la validez de los actos del negocio precedente, donde incide es en cuanto a su ejercicio o desenvolvimiento. Siguiendo a ROBLOT (“Reglementation des changes et droit privé”, en “Le controle des changes”. “Ses repercussions sur les institutions juridiques”, París s.a., págs. 29 y sgte.) estima que la necesidad de una autorización o licencia en las relaciones privadas tan sólo afecta a la fase de ejecución del

contrato, pero no a su creación o nacimiento, ya que la fuerza obligatoria de éste surge de la concurrencia de consentimientos.

Recuérdese que actualmente, conforme al art. 6.º,3 del Código civil, “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Y este efecto distinto se establece en forma de sanción económica como falta administrativa de control de cambios, por expresa remisión de la DA 4.ª del RD 671/1992 a lo dispuesto en la Ley 40/1979.

Es decir, que actualmente, como dice BONET CORREA (“Los actos contrarios a las normas y sus sanciones”, en ADC, año 1976, pág. 321) respecto a las normas imperativas y prohibitivas “habría que examinar primero, qué clase de sanción es la concretamente impuesta por el legislador en caso de su infracción, ya que será la pauta a seguir, sin desviarse, por ser la específicamente aplicable; otra sanción no podrá inferirse, ni por interpretación extensiva, ni tampoco por analogía. Únicamente cuando las normas imperativas y prohibitivas hayan dejado de señalar una sanción concreta es cuando la nulidad de pleno derecho tendrá su efecto sancionador más idóneo por la contravención”.

Frente a esta postura doctrinal, no faltan autores aferrados a la idea de que el acto contrario a la norma prohibitiva o imperativa es nulo, aunque la norma señale a la contravención efectos distintos si éstos no implican la validez del acto.

Así por ejemplo LACRUZ BERDEJO (“Elementos de Derecho Civil”, I, Parte General, Barcelona 1974, pág. 46). Otros, como SANZ (“Instituciones de Derecho Hipotecario II, Madrid 1953, págs. 368 y sgtes.) y MARTÍN RETORTILLO (“Transmisión de minas. Necesidad de autorización”, en ADC, 1959, págs. 235 y sgtes.) consideran la autorización administrativa como una “conditio iuris” o elemento propio del negocio impuesto por su propia naturaleza y acogido por

la ley. MARTÍN RETORTILLO cree que la autorización administrativa incide de tal suerte en el negocio que éste será válido si existe tal autorización, y no será válido si tal autorización no existe, y ello tanto a efectos civiles como administrativos, al menos en el ámbito de la transmisión minera objeto de su estudio.

BONET CORREA (“Los actos contrarios a las normas ...”, pág. 319) critica justamente dicha postura doctrinal subrayando la posibilidad que tienen las normas imperativas y prohibitivas de imponer sanciones que no sean la de nulidad, otras menores, más conformes con la finalidad de la propia norma. “Lo erróneo de la argumentación —dice— está en entender que un Juez o Tribunal pueda imponer una penalidad o sanción mayor que aquellas señaladas específicamente por la propia Ley; si la Ley es penal, rige el principio “nulla pena nullum crimen sine lege”, y si es civil, tampoco puede excederse de las concretamente impuestas, ya que quedarían violados los principios de legalidad y seguridad de las normas en el tráfico jurídico: sancionar más allá de lo prescrito en las leyes sería injusticia y grave iniquidad.”

91

3. Verificación o autorización obtenidas después del otorgamiento del negocio.

De cuanto llevamos expuesto se desprende nuestra postura favorable a la posibilidad de que tanto la verificación como la autorización puedan ser obtenidas con posterioridad al otorgamiento del negocio jurídico.

La DGTE ha concedido verificaciones con posterioridad al otorgamiento en múltiples ocasiones.

Una Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 1977 en un caso de presunto delito monetario sostiene que la autorización o aprobación posterior al otorgamiento reviste de legalidad a los hechos enjuiciados.

La Dirección General de los Registros y del Notariado sienta criterio análogo, tanto para los casos de autorización

como en los de verificación. Así, para supuestos de autorización a posteriori, las Resoluciones de 6 de febrero de 1985, 3 de julio de 1985, 26 de julio de 1985, y 21 de julio de 1989, entre otras. En síntesis, la doctrina de la DGRN en este punto y la transcribo del segundo Considerando de la Resolución de la DGTE de 21 de julio de 1989 es que “las consecuencias de la mencionada omisión, son virtualmente inapreciables si ... la citada autorización administrativa ha sido concedida ‘a posteriori’, lo que hace que decaiga el interés de la DGTE en iniciar o proseguir actuaciones sancionadoras contra el Notario o contra la eficacia del acto escriturado”.

Y en fin, la Dirección General de Transacciones Exteriores, en escrito circulado a los Notarios por medio de la DGRN con fecha 27 de abril de 1993 aborda la cuestión relativa a las verificaciones y autorizaciones posteriores al otorgamiento en los siguientes términos:

92

1) “En los casos de inversiones realizadas una vez caducada la verificación o sin haberla obtenido, cabe cuestionarse si sería posible obtener una verificación con efectos retroactivos, o sería necesaria autorización. Entendemos que en estos casos, la Administración no tiene potestad para autorizar operaciones que están sujetas a verificación y, por tanto, liberalizadas, al ser la autorización una técnica de intervención administrativa aplicable a operaciones sujetas a un régimen de restricción. En consecuencia, en los casos de realización de inversiones una vez caducada la verificación, o sin haberla obtenido, a la Administración le cabe, si así es solicitado, el otorgamiento de una nueva verificación (ya no previa) de efectos retroactivos, siempre y cuando se respeten los requisitos establecidos en el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de la apertura del correspondiente expediente sancionador, de acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 671/1992, de 2 de julio”.

2) “Cuando la inversión que requiera autorización se realice una vez caducada ésta o sin haberla obtenido, será posible una autorización ‘a posteriori’ con efectos retroactivos de acuerdo con el citado artículo 57.3 de la LRJ-PAC citado, igualmente sin perjuicio de las responsabilidades que se puedan deducir de acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 671/1992.”

El artículo 57.3 de la citada LRJAP y del PAC, permite justamente ese efecto retroactivo, y, claro está, la concesión de la autorización a posteriori y la verificación a posteriori. En dicho artículo 57 se parte de la base (en el apartado 1) de que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

En el apartado 2 de dicho artículo 57 se dispone que la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o está supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

Y en fin en el apartado 3, que es el que cita la circular de la DGTE dice:

“Excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, *cuando produzcan efectos favorables al interesado*, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”.

Ahora bien, concedida una autorización, o realizada la verificación positiva, con posterioridad al otorgamiento, no hay duda conforme a lo expuesto de que tal autorización y tal verificación serán plenamente aplicables a tal otorgamiento anterior y por tanto tendrán carácter retroactivo en la medida precisa para que pueda aplicarse a dicho otorgamiento. Para ello no es necesario que en la autorización, o en la verificación, se disponga expresamente la retroactividad. De acuerdo con el art. 57, cuando en los actos administra-

tivos se dispone expresamente la retroactividad, según lo que permite el apartado 1 del mismo, no se precisa ningún requisito más.

Si tiene sentido el apartado 3 del art. 57 de la LRJAP y PAC, es precisamente para los actos en que no se haya dispuesto la retroactividad. Para estos casos, tendrán tal retroactividad entre otros supuestos cuando produzcan efectos favorables al interesado. No hay duda aquí de tales efectos favorables.

La verificación, o la autorización, en ambos casos posterior al otorgamiento, podrá obtenerse no sólo cuando antes se hubiese ya concedido y hubiese caducado (por el transcurso del plazo señalado, o en su defecto, por transcurso del plazo de seis meses, sin haberse formalizado la inversión), sino también cuando antes en ningún momento se hubiese obtenido.

94

Aun cuando el escrito-circular recuerda para ambos casos que todo ello es sin perjuicio de las responsabilidades que se puedan deducir de acuerdo con la DA 4.^a del RD 671/1992, entiendo que debe mantenerse la misma doctrina que hemos visto, en este mismo epígrafe, tanto de la Dirección General de los Registros y del Notariado como de la Audiencia Nacional, y según la cual, cuando se concede la autorización —o la verificación— con posterioridad al otorgamiento. No hay razón para que varíe esta doctrina. Si antes sin el respaldo de un precepto como el que acabamos de transcribir y que expresamente cita la propia Dirección General de Transacciones Exteriores (me refiero al art. 57.3 de la LRJAP-PAC), se había mantenido la doctrina expuesta según la cual “las consecuencias de la mencionada omisión, son virtualmente inapreciables si ...” la citada autorización administrativa ha sido concedida “a posteriori”, lo que hace que decaiga el interés de la DGTE en iniciar o proseguir actuaciones sancionadoras contra el Notario o contra la eficacia del acto escriturado”, ahora, repito que no hay razones suficientes para cambiar tal criterio.

INVERSIONES ESPAÑOLAS EN BIENES INMUEBLES SITOS EN EL EXTRANJERO

I. Noción

Constituye inversión española en bienes inmuebles, la adquisición por personas físicas residentes en España o por personas jurídicas domiciliadas en España, de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el extranjero.

Se entiende incluida en esta forma de inversión la adquisición por inversores residentes de cuotas proindivisas de un inmueble para su disfrute a tiempo parcial.

En tales términos se expresa el art. 10 del RD 672 de 2 de julio de 1992 con un marcado paralelismo con el art. 12 del RD 671/1992.

95

II. Régimen de estas inversiones

1. Regla general. Libertad de inversión.

Por regla general son libres (art. 3.1, del RD 672/1992). Esta libertad se mantiene igualmente para las adquisiciones de inmuebles a título lucrativo (*cfr.* art. 21 RD 672/1992).

2. Inversiones sujetas a verificación.

Se hallan sujetas a verificación las siguientes clases de inversiones españolas en bienes inmuebles sitos en el extranjero:

A) Cuando el importe total de la operación sea superior a 250.000.000 de pesetas (art. 11 RD 672/1992).

B) Cuando concurren conjuntamente estas dos circunstancias:

a) Que se trate de permuta con otros bienes inmuebles sitos en España, acciones y otros valores que den derecho a participación en el capital de sociedades españolas, establecimientos mercantiles u otros activos situados en España, o cualquiera que sea la calificación acerca de la naturaleza jurídica del contrato si como contraprestación en todo o en parte se dan alguno de los bienes antes relacionados y

b) Que la inversión vaya destinada a un país miembro de la CEE.

3. Inversiones sujetas a autorización.

Se hallan sujetas a autorización las inversiones en bienes inmuebles sitos en el extranjero cuando concurren las dos circunstancias siguientes:

a) Que se trate de permuta con otros bienes inmuebles sitos en España, acciones y otros valores que den derecho a participación en el capital de sociedades españolas, establecimientos mercantiles u otros activos situados en España, o cualquiera que sea la calificación acerca de la naturaleza jurídica del contrato si como contraprestación en todo o en parte se dan alguno de los bienes antes relacionados y

b) Que la inversión vaya destinada a un país no perteneciente a la CEE.

A estos efectos se entenderá como inversión destinada a países no comunitarios la efectuada en los mismos, aunque se realice a través de sociedades españolas controladas por residentes en España y domiciliadas en un país miembro de la CEE.

Las solicitudes de verificación o de autorización se presentarán en impreso MC-15, y se tramitarán: el de verificación con arreglo al procedimiento regulado en la Instrucción 12 de la Resolución de 7 de julio de 1992, y el de autorización con arreglo al procedimiento regulado en la Instrucción 13 de dicha Resolución. De todo ello nos hemos ocupado en otro tema con carácter general.

4. Supuesto especial del art. 19.4 del RD 672/1992.

Se trata de una norma paralela a la del art. 24.4 del RD 671/1992:

Cuando la inversión proyectada pueda tener consecuencias perjudiciales a los intereses del Estado español, el Director General de Transacciones Exteriores queda facultado para suspender el régimen de liberalización mediante notificación motivada al interesado dentro del plazo de treinta días hábiles desde la presentación del proyecto, pudiendo ser recurrida esta decisión. Efectuada la notificación, se elevará el proyecto de inversión al Ministro de Economía y Hacienda para su resolución. Transcurrido el plazo de noventa días hábiles desde la notificación indicada sin que se haya producido resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud.

5. Declaración de la inversión.

97

Deberá efectuarse utilizando al efecto el impreso MC-11A, que se dirigirá a la DGTE, acompañado de la documentación que acredite la realización de la inversión, y del documento administrativo en el que conste el NIF del titular (*cfr.* Instr. 14 Resolución 7 julio 1992). El procedimiento para la declaración es el general a que me refiero en otro tema.

En el caso de transmisión de la inversión entre residentes, se producirá a la vez una inversión y una desinversión, por lo que para cada uno de los interesados se observarán las reglas establecidas en cada caso para la inversión y para la desinversión (*cfr.* art. 20 RD 672/1992).

6. Cobros y pagos derivados de la inversión.

Son libres, pero ajustándose a los procedimientos establecidos en el RD 1816/1991, en particular en sus artículos 5, 6 y 7, y DA 2.^a (*cfr.* art. 15.1, RD 672/1992).

También es libre la aplicación del producto de la liquida-

ción y de los rendimientos obtenidos de inversiones españolas en el exterior para la realización de nuevas inversiones españolas, siempre que se observen los requisitos y formalidades establecidas en el RD 672/1992 (*cfr.* art. 3.2 de dicho RD).

Cuando por aplicación del producto de la liquidación o rendimientos de una inversión española en el exterior a la realización de una nueva inversión o por cualquiera otra razón, los cobros y pagos se realicen por compensación, se declararán al Banco de España de acuerdo con lo establecido en el art. 8.º de la Orden de 27 de diciembre de 1991 (*cfr.* Instr. 5.ª Resolución 7 julio 1992), utilizando al efecto el impreso CP-1 (*cfr.* Circular del Banco de España n.º 23 de 18 diciembre 1992).

7. Anticipos y aplazamientos de pago.

98

Son libres (art. 15.2 RD 672/1992). Dichos anticipos y aplazamientos se harán constar en las solicitudes de verificación o autorización en su caso, y en las declaraciones al Registro de Inversiones (*cfr.* Res. 7 julio 1992).

Cuando se efectúen pagos al exterior a cuenta de futuras inversiones españolas en el exterior, dichas inversiones se deberán realizar en un plazo de seis meses desde la fecha de pago del anticipo, con independencia del plazo de declaración al registro de inversiones a que se refiere la Instrucción 16 (que es el de tres meses).

En caso de no realizarse la inversión, el residente pagador deberá dirigirse, dentro del plazo indicado de seis meses a la entidad registrada para regularizar el concepto aplicable al pago efectuado de acuerdo con el art. 5.º del RD 1816/1991.

8. Liquidación de la inversión.

Está igualmente liberalizada (*cfr.* art. 3. 1, RD 672/1992).

Deberán declararse al registro de inversiones cumplimentando al efecto el impreso modelo MC-11B.

EL APROVECHAMIENTO URBANISTICO Y SU TRANSFERENCIA

FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS

Notario

99

SUMARIO: CONCEPTO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. NATURALEZA JURÍDICA DEL APROVECHAMIENTO. Es una facultad urbanística. Es un derecho real sobre inmuebles. No es inherente al dominio. No está protegido por el Registro de la Propiedad. CÁLCULO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. El dividendo. El divisor. El cociente o aprovechamiento. Porcentaje que corresponde al propietario. Porcentaje de la Administración. CONCRECIÓN Y TRANSFERENCIA DEL APROVECHAMIENTO. **A)** Conceptos. **B)** Naturaleza jurídica de la transferencia. **C)** Modalidades. **a)** *Terrenos incluidos en una unidad de ejecución. Entre propietarios. Entre Administración y propietarios.* **b)** *Terrenos no incluidos en una unidad de ejecución. Entre propietarios. Entre Administración y propietarios. Administración transmitente. Adminis-*

tración adquirente. c) Terrenos que son objeto de ocupación directa. Concepto y naturaleza jurídica de la ocupación. Aprovechamiento que corresponde al propietario y concreción del mismo. Situación jurídica del propietario. Transferencia del aprovechamiento. Requisitos de forma en la ocupación directa.

Concepto del aprovechamiento urbanístico

100

El aprovechamiento urbanístico, dice la Ley, consiste en “la atribución efectiva al propietario afectado por una actuación urbanística de los usos e intensidades susceptibles de apropiación privada, o su equivalente económico, en los términos fijados por esta Ley” (Ley del Suelo, art. 23,1,b del Texto Refundido aprobado por R.D.L. 1/1992, de 26 de junio; en lo sucesivo LS).

Dicho con otras palabras, el aprovechamiento urbanístico permite al propietario del terreno obtener la utilidad urbanística de ese terreno, o propia de las urbes o poblaciones, es decir, una utilidad que no sea la agrícola, forestal, ganadera, cinegética u otra vinculada a la utilización racional de sus recursos naturales (art. 15 LS).

Esa utilidad se obtiene mediante la edificación u otro uso urbano al servicio de las edificaciones, que el dueño podrá realizar gracias a haber adquirido ese aprovechamiento, y que no podría construir sin tener previamente el aprovechamiento urbanístico. Es preciso aclarar, sin embargo, que el aprovechamiento urbanístico, por sí solo, no permite edificar, sino que para hacerlo es preciso obtener antes la oportuna licencia de edificación.

La Ley permite que la utilidad urbanística se obtenga ejercitando el mismo propietario el derecho al aprovecha-

miento urbanístico, edificando el terreno; o que la obtenga percibiendo “su equivalente económico”. Este equivalente se obtiene en los casos en que la Administración expropia la finca, con o sin reducción de la cuantía del aprovechamiento, y también en algunos casos enajenando el derecho. No se piense, sin embargo, que el propietario puede enajenar libremente el derecho al aprovechamiento urbanístico. De igual manera que no puede construir libremente lo que le parezca, sino que ha de sujetarse a la Ley del Suelo y al Planeamiento, también en la enajenación el propietario está limitado por las normas de la misma Ley y de los Planes. Esas limitaciones se anuncian en la definición legal del transcrito artículo 23,1,b de la Ley del Suelo, cuando termina diciendo “en los términos fijados por esta Ley”.

El aprovechamiento urbanístico es único, no hay varias clases de aprovechamiento urbanístico. El propietario de una finca sólo tiene un aprovechamiento urbanístico, edificar lo que le permite el Plan. Pero es conveniente distinguir en el aprovechamiento dos fases o estadios a los que se llama “aprovechamiento susceptible de apropiación por el dueño de la finca” y “aprovechamiento real o lucrativo”.

El aprovechamiento real o lucrativo es el que realmente disfruta el propietario cuando construye un edificio; y en ese aspecto existen variedades porque el Plan delimita diversas zonas y a cada una le señala un uso (viviendas, industrial, servicios) y una tipología o intensidad de ese uso permitiendo edificar mayor o menor número de metros cuadrados. Esas variedades se hacen homogéneas, se unifican, mediante la aplicación de un coeficiente de ponderación que señala el Planeamiento (art. 96,3 LS) para los diversos usos, con referencia al que sea característico del área de reparto.

Ese aprovechamiento real así unificado, la cifra que resulta de sumar todos los existentes en una determinada área, se reparte entre las fincas incluidas en ese área, y la cuota de reparto es el aprovechamiento susceptible de apro-

piación por el propietario, con las salvedades que después veremos con más detalle.

El aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación es el mecanismo para la distribución entre todos los propietarios incluidos en una actuación urbanística, de los beneficios y de las cargas de esa actuación, que es una de las finalidades básicas de la Ley del Suelo (art. 3,1,b LS). Por eso es una cifra de metros cuadrados construibles del uso y tipología edificatoria característicos en el área de reparto (art. 96,1 LS), que se aplica a todos los propietarios de ese área, a cada uno en cuantía proporcional a la superficie de su respectiva finca.

102 La cuantía resultante para cada propietario en el reparto del aprovechamiento real, es una cifra que expresa unidades de aprovechamiento susceptible de apropiación. Sin embargo, la finca del propietario tiene señaladas un número de unidades de aprovechamiento real concreto conforme al Plan. Para construir, el propietario ha de aplicar un número de unidades de aprovechamiento apropiable igual al que tenga la finca de unidades de aprovechamiento real, con lo que si tiene apropiables de menos o de más respecto de las de aprovechamiento real, ha de adquirir o enajenar las necesarias. Y al hacer esa aplicación edificando, desaparecen los dos estadios del aprovechamiento urbanístico que claramente queda, como es, uno sólo.

Ya se comprende que solamente son posibles las transferencias del aprovechamiento en su estadio de susceptible de apropiación. No se pueden transferir los aprovechamientos reales que tenga una finca, porque al estar éstos señalados por el Plan para esa finca, han de aplicarse a esa parcela y no a otra. Para transmitir un aprovechamiento real es precisa una modificación del Plan, con nueva ordenación de volúmenes de edificación (art. 65 del Reglamento de Planeamiento).

La Ley del Suelo permite las transferencias de aprovechamientos apropiables solamente para ajustar ese aprove-

chamiento del propietario con el aprovechamiento real de la finca. No configura las transferencias como un derecho que se pueda ejercitar libremente. Lo vamos a ver en este trabajo.

Naturaleza jurídica del aprovechamiento

El aprovechamiento urbanístico se contempla en la Ley del Suelo como una de las facultades urbanísticas que integran la propiedad de la finca. Esas facultades son las potestades que tiene el propietario de un terreno para obtener de éste su utilidad urbanística.

Al aprovechamiento urbanístico, en la Ley del Suelo se le llama facultad y también derecho (arts. 23, 26, y otros LS). Es una facultad cuando lo aplica el propietario sobre su finca, sea la de origen o la de resultado, pues entre ambas se produce la subrogación real (art. 167,b LS). Es un derecho cuando se independiza de la finca y se transmite a tercero, cosa que puede hacerse de manera muy limitada, como antes se ha apuntado.

103

Pero siempre tiene la naturaleza de derecho real sobre bienes inmuebles. Si lo consideramos en su manifestación de facultad del dominio, porque forma parte de ese dominio, derecho real por excelencia. Si lo consideramos cuando se independiza de la finca para su transmisión separada de ésta, porque se refiere a bienes inmuebles y tiene las dos características fundamentales del derecho real, la inmediatividad y la oponibilidad a terceros.

La inmediatividad existe porque el adquirente de las unidades de aprovechamiento apropiable no necesita de especial colaboración de un deudor concreto para obtener satisfacción de su derecho, como necesitan los derechos de crédito. El adquirente aplica sin colaboración de nadie las unidades adquiridas a su finca. El Ayuntamiento, en el control de legalidad que efectúa al otorgar la licencia de

edificación, se limita a comprobar que el solicitante tiene esas unidades, porque le correspondieron como apropiables, o porque las adquirió después.

La oponibilidad a terceros existe porque el titular puede hacer valer su aprovechamiento frente a todos, y no solamente frente a su causahabiente. Puede oponer su titularidad frente a la Administración, que es tercero, exigiendo tenga en cuenta la cuantía del aprovechamiento de que es titular y le conceda la licencia de obras; puede oponer su titularidad frente a los acreedores por débitos personales de su transmitente; puede oponer su titularidad, en general, frente a cualquier otra persona que intente perturbar el goce de ese aprovechamiento.

El aprovechamiento urbanístico es una facultad del dominio, pero no tiene el carácter de inherente al mismo, no pertenece al propietario por el mero hecho de serlo. El propietario ha de adquirir ese derecho efectuando unas determinadas actividades.

Si el terreno está incluido en una unidad de ejecución, el derecho se adquiere por el cumplimiento de “los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados por el planeamiento” (art. 26 y 28,1 LS), teniendo además, el propietario, el deber, una vez adquirido el derecho, de solicitar la licencia de edificación en un plazo determinado (art. 30 LS).

Si el terreno no está incluido en una unidad de ejecución, el terreno estará ya necesariamente calificado de urbano, no hay que urbanizar sino completar la urbanización, y por eso el propietario adquiere el aprovechamiento, “por la aprobación del planeamiento preciso” (art. 31,1 LS) para el área en donde esté la finca; pero también sujeto al deber de solicitar la licencia municipal de edificación en un corto plazo y previa la conversión de la parcela en solar, haciendo las obras necesarias, o garantizando la ejecución simultánea de urbanización y edificación (art. 31,2 LS).

Es pues una facultad o derecho que, aunque nazca y se

adquiera por el propietario, éste lo puede perder por incumplir el deber legal de solicitar, en plazo, la licencia de edificación. Si no se cumple este deber, dice la Ley que el derecho se reduce en un cincuenta por ciento (arts. 30,1 y 31,2 LS). Pero no quiere eso decir que el propietario conserve su derecho al aprovechamiento y lo pueda ejercitar personalmente aunque tan sólo en un cincuenta por ciento, edificando la mitad de lo que hubiera podido construir. El propietario no puede edificar nada, porque se le expropia la finca o se la somete al régimen de venta forzosa (arts. 30,3 y 31,2 LS); y percibe el “equivalente económico en los términos fijados” por la Ley del Suelo (art. 23,1,b LS), que es el cincuenta por ciento del valor del aprovechamiento urbanístico que la finca tenía (arts. 30,1 y 31,2 LS), determinado ese valor de la manera que establece el artículo 53 de la Ley del Suelo. Lo mismo ocurre si, obtenida la licencia, el propietario no edifica en el plazo que se le señale (art. 36,2 LS).

105

El derecho al aprovechamiento urbanístico es una facultad o derecho que pueden tener todas las fincas objeto de una actuación urbanística, estén o no inscritas en el Registro de la Propiedad. La Ley del Suelo no exige la inscripción de la finca para que su propietario pueda adquirir ese derecho; solamente exige el cumplimiento de los deberes urbanísticos de urbanizar y de solicitar la licencia de edificación.

De estar la finca inscrita en el Registro de la Propiedad, el aprovechamiento no está amparado por este Registro. Es así porque el aprovechamiento de cada finca es la consecuencia de aplicar el aprovechamiento tipo, que es una determinación que ha de contener el Plan General (art. 72,2,b LS) o las Normas Subsidiarias (art. 78,2 LS), a la superficie de la finca (art. 27,1 LS). Ambos datos, la cifra del aprovechamiento tipo y la superficie de la finca, están fuera de la protección registral; la consecuencia de ambos datos, que es el aprovechamiento urbanístico, queda también fuera de esa protección.

Al aprovechamiento urbanístico no le son aplicables las normas sobre legitimación y fe pública registrales.

La razón está en que los Planes tienen naturaleza de Normas. Por eso el Planeamiento obliga a todos, a la Administración y a los particulares (art. 134,1 del actual Texto Refundido, copiando el artículo 57,1 del anterior Texto Refundido).

La eficacia de los Planes, respecto a los propietarios, vincula directamente a las fincas sitas en el territorio a que se refieren sus Normas. Vincula por eso a todo propietario, y a cada adquirente sucesivo, como toda norma legal, sin necesidad de que tal norma conste en el Registro de la Propiedad. Y le vincula a todo lo que establezca la legislación y a todos los deberes impuestos por los actos de ejecución de esa legislación, entre los que está la formulación y la ejecución de los Planes; el propietario está vinculado a todas y cada una de las determinaciones del Plan. Lo dice expresamente el artículo 22 del actual Texto Refundido, siguiendo al 88 del Texto anterior, precepto que, para mayor claridad, añade que el adquirente quedará, porque esta Ley así lo dispone, subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los derechos y deberes del proceso de la urbanización y edificación.

El Planeamiento vincula a todas las fincas, estén o no inscritas en el Registro de la Propiedad, porque de no ser así podría quedar incumplido. Y respecto de las fincas inscritas, el adquirente no puede invocar en su favor ni la publicidad positiva ni la negativa del Registro. Por mucho que en el adquirente se den los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no puede pretender hacer efectivas unas determinaciones urbanísticas que le favorezcan y que estuviesen recogidas en la inscripción de la finca, si tales determinaciones han sido derogadas o modificadas en otro Plan posterior no inscrito; ni puede eximirse de cumplir los deberes que establezca un Plan, por más que no consten en la inscripción de la finca. Podrá reclamar de su transmi-

tente, si civilmente procede; pero en modo alguno podrá exigir de la Administración el hacer efectivo lo que el Registro publicaba, ni eximirse de cumplir lo que no publicaba, ni obtener indemnización alguna de la Administración. Por eso no se deben recoger en las inscripciones registrales las determinaciones del Planeamiento, porque “pueden dar lugar a confusión” ha dicho el Tribunal Supremo, quien también ha dicho que esa inscripción “es inútil y superflua” (Sents. de lo Contencioso de 27 enero 1982, Ar. 364; 9 febrero 1983, Ar. 810; 24 abril 1984, Ar. 2006; 8 octubre 1985, Ar. 4593).

Los efectos independientes que tienen los Planes respecto del Registro de la Propiedad son la consecuencia de ser, Planeamiento y Registro, dos instituciones que tienen órbitas de actuación diferentes. El Registro es un registro de títulos, en él se inscriben títulos y mediante éstos las titularidades de la propiedad y los derechos reales. La protección registral se despliega respecto de esas titularidades de los derechos inscritos. Misión del Registro es proteger el tráfico jurídico de las titularidades inscritas. El Planeamiento prescinde del titular y vincula directamente la finca, cualquiera que sea su propietario. El Planeamiento actúa sin importarle quiénes tengan la propiedad u otros derechos sobre la finca. La misión de los Planes no es proteger el tráfico jurídico sino conseguir que las fincas, cualquiera que sea su propietario, se utilicen debidamente en cuanto a su urbanización y edificación, exigiendo se cumplan los deberes conducentes a esas finalidades y un reparto equitativo de los beneficios y cargas, en congruencia con la función social de la propiedad (art. 3 LS).

El aprovechamiento tipo que señale el Plan no está, pues, amparado por el Registro. A su vez, la superficie de la finca, como circunstancia de hecho que es, tampoco tiene protección registral; el Registro no responde de que la finca tenga esa superficie e incluso ni siquiera responde de que la finca exista.

Por lo tanto, de nada sirve hacer constar en el Registro de la Propiedad las unidades de aprovechamiento urbanístico que tenga la finca. Puede haber variado el Plan y ser una cifra muy inferior. Puede estar hecho el cálculo en base a una superficie que resulte equivocada. E incluso puede haber perdido el propietario el aprovechamiento que tuviera, por haber incumplido los deberes, que antes hemos visto que tiene, de solicitar la licencia de edificar y de construir efectivamente.

La falta de protección registral quita todo interés al propietario para hacer constar en el Registro el número de unidades de aprovechamiento que correspondan a su finca. Puede hacerlo. Pero no le legitima para disponer de ese número de unidades, ni protege al adquirente de ellas, si en verdad no existen. Si no existen, aunque consten en el Registro, no se pueden hacer valer frente al Ayuntamiento, ni para obtener licencia de edificar, ni para valorar la finca en caso de expropiación, ni en expediente alguno.

Las unidades de aprovechamiento están concebidas en la Ley para que permitan edificar un determinado número de metros cuadrados. Al solicitar la licencia de edificación, el propietario habrá de justificar que tiene el número adecuado a la edificación que proyecta, número que resultará de la cifra inicial de aprovechamiento apropiable, mas, si fuera preciso, de las unidades que haya adquirido después (arts. 189 y concordantes de la LS). Para esa justificación, la Ley del Suelo no exige que las unidades consten inscritas en el Registro de la Propiedad.

Cálculo del aprovechamiento urbanístico

Para mejor comprender las transferencias de aprovechamientos es conveniente hacer una breve indicación de cómo se calcula el aprovechamiento, y cómo obtiene la Administración los terrenos dotacionales, tanto los destinados a

sistemas generales como a dotaciones públicas de carácter local; con lo que se comprende cómo la misma Administración es titular de unidades de aprovechamiento de las que puede disponer.

En la totalidad del suelo incluido en una actuación urbanística, el planeamiento delimita una o varias áreas de reparto (art. 94,1 LS). El total de los aprovechamientos reales que el Plan señala para un área de reparto, o sea, la suma de los aprovechamientos reales de todas las fincas incluidas en ese área, expresados en metros cuadrados edificables y ponderados los diferentes usos (art. 96,3 LS), constituye el dividendo a repartir. En esa suma de aprovechamientos reales no se tienen en cuenta los que podrían aportar las edificaciones o instalaciones de uso o servicio público (art. 98,2 LS).

El divisor en el suelo urbano es la superficie del área de reparto, pero de ésta se excluye la superficie de los terrenos destinados a sistemas generales adscritos o incluidos en el área (art. 94,3,a LS), salvo que la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma disponga que se incluyan (art. 94,1 LS), y también se excluye la superficie de los terrenos destinados a dotaciones públicas, de carácter general o local, ya existentes (art. 96,1 LS).

Como se ve, la Ley de 1992 ordena señalar el aprovechamiento tipo al suelo urbano. En la Ley de 1976 era posible que se le señalara aprovechamiento medio, que es el equivalente (art. 105,2 del T.R. de 1976); pero no era preciso y no estaba enumerado en las determinaciones que había de contener necesariamente el Plan respecto del suelo urbano (art. 12,2,1 T.R. de 1976), por lo que era frecuente entender que en aquella Ley para el suelo urbano no había aprovechamiento medio.

El divisor en el suelo urbanizable programado es “la superficie total del área” (art. 97,1 LS), sin deducir, como se hacía en el Texto Refundido de 1976, la superficie destinada a “viales, parques y jardines públicos y demás servicios

y dotaciones de interés general” (art. 12,2,2,b del T.R. de 1976). La Ley de 1992 deja claro que en el suelo urbanizable programado el total de aprovechamientos reales se divide por la total superficie del área, incluyendo las superficies de los sistemas generales incluidos o adscritos a ese área (art. 94,3 b) y también las destinadas a dotaciones públicas de carácter local.

Los sistemas generales vienen determinados en el Plan General (art. 72,2,d LS y art. 25 RP) o en las Normas Subsidiarias (art. 78 LS y art. 92 RP). Son superficies muy extensas, como puede verse leyendo esos artículos. Las dotaciones públicas de carácter local se determinan, para el suelo urbano en el mismo Plan General (art. 72,3 LS y 29 RP) o en las Normas Subsidiarias (art. 78 LS y art. 93,1 RP); y para el suelo urbanizable programado se determinan en el Plan Parcial (art. 83,2 LS y art. 45 RP). Aunque no ocupan tantos metros cuadrados como los sistemas generales, pueden ocupar también superficie importante.

110

El divisor, pues, en el suelo urbanizable es mucho mayor que lo era en la Ley de 1976.

El cociente de la división es el aprovechamiento tipo de ese área de reparto, que se ha de aplicar a todas y cada una de las unidades de ejecución incluidas en el área, y también, directamente, a las fincas del área que no estén incluidas en ninguna unidad, exclusión o no inclusión que solamente cabe respecto de las urbanas.

Como en suelo urbano no se incluyen en el área de reparto los terrenos destinados a sistemas generales, salvo que la legislación de la Comunidad Autónoma lo disponga (art. 94,3,a y 94,1 LS), a las fincas urbanas no incluidas en el área pero afectadas por esos sistemas generales ha de aplicárseles un aprovechamiento tipo para cuando la Administración las quiera obtener por expropiación u ocupación directa. Ese aprovechamiento tipo es, de no señalarlo de otra manera la legislación autonómica (art. 59,2 LS), el siguiente: si sólo se hubiera delimitado en el Plan un área

de reparto para todo el suelo urbano, el aprovechamiento tipo de ese área; y si se hubieran delimitado varias áreas el promedio de los aprovechamientos tipo de ellas (art. 59,3 LS, que concreta detalles que no son preciso expresar ahora).

El divisor en el suelo urbanizable, y puesto que incluye la superficie destinada a sistemas generales y a dotaciones públicas de carácter local, es muy grande, más que en el suelo urbano. Y esos terrenos, al formar parte del divisor tienen derecho a unidades del cociente, o sea, tienen derecho al aprovechamiento apropiable. En suelo urbanizable programado, cada porción de terreno, aunque no sea edificable por ser viales o jardines, y puesto que ha entrado en el divisor, tiene derecho a que se aplique a su superficie la cifra del aprovechamiento tipo; o sea, genera, por así decirlo, un número de unidades de aprovechamiento tipo proporcional a su superficie.

No ocurre así con el suelo urbano destinado a sistemas generales. Al estar excluido del área de reparto (salvo la legislación autonómica), no entra en el divisor y no genera unidades de aprovechamiento apropiable. Lo que no evita a la Administración el tener que pagar o compensar de alguna manera a los propietarios de esos terrenos cuando los quiera obtener por expropiación o por ocupación directa. Lo veremos enseguida.

El Plan (art. 72,2,b LS) o las Normas subsidiarias municipales (art. 78,2 LS), determinan la cifra del aprovechamiento tipo del área de reparto. Pero los propietarios no tienen derecho a todas las unidades de aprovechamiento que resulten de esa cifra en relación con la superficie de su finca. La Ley del Suelo solamente les reconoce derecho a un porcentaje de ese aprovechamiento, el que se expone a continuación.

La regla general es que el propietario tiene derecho solamente al 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre (art. 27,1 LS).

El 15 por 100 restante ha de ser cedido gratuitamente a la Administración, no en forma de unidades, sino concretado en terrenos edificables (art. 20,1,b LS y art. 113,1,b, RGU), si la finca está incluida en una unidad de ejecución, o, de no estarlo, mediante pago en dinero del valor de ese 15 por 100. Esta variante figuraba expresamente en el artículo 125,1 de la Ley de 1976 y 49,1 del Reglamento de Gestión. En la Ley de 1992 se prevé en el artículo 20,1,b (“adquirir dicho aprovechamiento por su valor urbanístico”), y habrá de ser desarrollado por la legislación urbanística de las Autonomías.

Las unidades de aprovechamiento correspondientes a ese 15 por 100 no son transferibles por la Administración, ya que no llega a adquirirlas como tales unidades, sino en forma de terrenos o de dinero.

112 El 85 por 100 del aprovechamiento tipo es el máximo de aprovechamiento apropiable en las fincas de propiedad privada. Es el que se aplica directamente a las fincas que estén en suelo urbano y no incluidas en unidades de ejecución (art. 27,4 LS).

Pero las fincas incluidas en una unidad de ejecución, sea en suelo urbano o en suelo urbanizable programado, están sujetas a otro tope. En ellas el aprovechamiento susceptible de apropiación se calcula a nivel de la unidad, o sea que el aprovechamiento apropiable entre todos los propietarios incluidos en cada unidad es el resultado de referir a la superficie de toda la unidad el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre esa unidad (art. 27,2 LS).

Resulta así que si esa unidad tiene una cifra de aprovechamiento real superior a la cifra del aprovechamiento tipo de toda el área de reparto (por ejemplo, porque en esa unidad el Plan permita edificaciones de muchas plantas), cada propietario no puede apropiarse el 85 por 100 de esa cifra alta, aplicada a la superficie de su parcela, sino tan sólo el 85 por 100 de la cifra del aprovechamiento tipo del área,

referida a la superficie de la unidad. El exceso de aprovechamiento de esa unidad corresponde a la Administración (art. 151,1 LS).

Las unidades correspondientes a ese aprovechamiento de exceso sí que son transferibles por la Administración como tales unidades (art. 151,2 LS).

Si la unidad de ejecución tiene una cifra de aprovechamiento real inferior a la cifra del aprovechamiento tipo de toda el área (por ejemplo, porque tenga muchos espacios no edificables o edificación de escaso volumen), los propietarios tienen derecho a que se les compense del menor aprovechamiento lucrativo que van a tener al repartirse el que existe en su unidad; compensación que ha de consistir en la disminución de la carga de urbanizar en cuantía igual al valor del aprovechamiento no materializable (art. 152,1 LS), y si así no se les compensa del todo, la diferencia se hace efectiva, a elección de la Administración, bien transfiriéndoles unidades de aprovechamiento tipo de las que tiene la propia Administración, obtenidas en las unidades de ejecución con aprovechamientos reales superiores al aprovechamiento tipo, o bien mediante el abono en dinero del valor urbanístico de las unidades que el propietario no puede materializar en su parcela (art. 152,2 LS).

113

Pasan a ser también propiedad de la Administración y puede transferirlas, todos los aprovechamientos que, en caso de actuaciones urbanísticas se generan por los terrenos destinados a dotaciones públicas de carácter local que se vayan a efectuar, y además, pero sólo en suelo urbanizable, las generadas por los terrenos destinados a sistemas generales.

La Administración sólo adquiere esas unidades gratuitamente en un supuesto; en los demás ha de pagar al propietario de los terrenos una parte o porcentaje que enseguida se dirá, del aprovechamiento apropiable, bien en dinero o mediante otras unidades de aprovechamiento. Pero las unidades de aprovechamiento de los terrenos que ob-

tiene, las adquiere la Administración en su totalidad, el cien por cien, y las puede transferir.

La Administración adquiere gratuitamente los terrenos, y por lo tanto el cien por cien de las unidades de ejecución generadas por esos terrenos en un supuesto, el de obtención de terrenos para dotaciones públicas de carácter local incluidos en una unidad de ejecución (art. 205,1 LS), tanto si son terrenos urbanos como si son urbanizables programados. La cesión gratuita de los terrenos no se hace aisladamente por cada propietario, sino de una vez, por ministerio de la Ley, con la aprobación definitiva de los instrumentos redistributivos de cargas y beneficios (art. 205,2 LS), o sea, los acuerdos definitivos de reparcelación o compensación.

114 En todos los demás supuestos la Administración obtiene los terrenos que necesita para dotaciones públicas y el cien por cien del aprovechamiento apropiable que esos terrenos generan caso de estar incluidos en el área de reparto. Pero ha de compensar a los propietarios en mayor o menor grado.

Si se destinan a sistemas generales y están calificados o adscritos a suelo urbanizable programado, la Administración los ha de obtener por expropiación o por ocupación directa (art. 201 LS). En uno y otro caso el documento es el correspondiente al mecanismo de la expropiación o de la ocupación. Y lo que ha de pagar, varía: si la Administración actúa mediante expropiación, el 50 por 100 del aprovechamiento apropiable (art. 32,3 LS); y si actúa mediante ocupación directa, ha de compensar al propietario con el 85 por 100 de dicho aprovechamiento, a materializar en otro sitio, en una unidad de ejecución que tenga igual aprovechamiento tipo (art. 203,3,2.^a,d LS) y en la que la Administración haya adquirido aprovechamientos de exceso (art. 151,2 LS). Consume, pues, unidades que ya tenía; pero las que corresponden al terreno ocupado las adquiere íntegras y las puede transferir. El porcentaje del 85 por 100 no aparece expresamente en la Ley, pero

más adelante, al examinar la ocupación directa lo veremos.

Si los terrenos destinados a sistemas generales están en suelo urbano o adscritos al mismo, no se incluyen en el área de reparto (art. 94,3,a LS) y no generan aprovechamiento apropiable, salvo que otra cosa disponga la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas. Para obtener esos terrenos, la Administración ha de emplear la expropiación o la ocupación directa (art. 199,1,b LS) y ha de pagar el 75 por 100 del aprovechamiento si expropia (art. 32,2 LS), o compensar al propietario con el 85 por 100 del mismo aprovechamiento, si ocupa.

Si los terrenos no están incluidos en una unidad de ejecución han de ser urbanos, pues los urbanizables programados deben quedar incluidos siempre en unidades de ejecución (art. 144,3 LS). Estos terrenos urbanos no incluidos, entran en el área de reparto si se destinan a dotaciones públicas de carácter local que haya que efectuar (las ya existentes no entran, art. 96,1 LS), y generan unidades de aprovechamiento que pertenecen a la Administración en su cien por cien, si bien ésta ha de pagar a los propietarios, según los casos, el 75 ó el 85 por 100 de ese aprovechamiento.

La Administración ha de obtener esos terrenos dotacionales, en primer lugar, *“mediante transferencia, en virtud del correspondiente acuerdo de cesión, venta o distribución, de los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de adquisición por su titular conforme a lo dispuesto en el artículo 27”* (art. 199,2,a LS). Y en defecto de ese procedimiento, o del que pueda establecer la legislación de la respectiva Comunidad Autónoma, *“mediante expropiación u ocupación directa”* (art. 199,2,b).

El mecanismo de la expropiación o el de la ocupación obliga a la Administración a pagar al propietario, respectivamente, el 75 por 100 ó el 85 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación del terreno expropiado u ocupado, habiendo de materializar en este

caso el aprovechamiento en otra unidad de ejecución que tenga exceso de aprovechamiento. El documento transmisivo del suelo será el correspondiente a la expropiación o a la ocupación.

El mecanismo de la “transferencia” se ha de realizar como señala el artículo 188,1 de la Ley. El propietario de la parcela destinada a dotación pública tiene un aprovechamiento lucrativo nulo, y hace efectivo su aprovechamiento apropiable (el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área, referido a la superficie de finca), mediante la cesión de éste o su distribución con otro propietario que se encuentre en situación inversa, esto es, cuya parcela tenga aprovechamiento real superior al apropiable; y también podrá ese propietario con aprovechamiento real nulo efectuar venta directa del aprovechamiento apropiable a la Administración actuante.

116 Si el propietario con aprovechamiento real nulo materializa su aprovechamiento apropiable mediante su cesión o distribución con otro propietario que esté en situación inversa, la parcela de que era propietario queda sin valor urbanístico alguno, y procede la cesión de la misma, obligatoria y gratuitamente a favor de la Administración. En este caso sí que debe existir un documento aislado de cesión, que luego examinaremos.

Si el propietario con aprovechamiento real nulo materializa su aprovechamiento apropiable mediante venta directa del mismo a la Administración, ésta puede adquirirlo por su valor urbanístico (art. 195 LS). El propietario ha de transmitir a la Administración, el terreno por cesión gratuita; y transferirle por venta el aprovechamiento. La venta y el pago se refiere a ese 85 por 100 que el propietario puede apropiar.

Efectuar el ajuste de aprovechamientos entre los mismos propietarios, teóricamente a nadie perjudica. No al propietario, puesto que no pierde su aprovechamiento apropiable, sino que lo materializa en otra parcela. No al propietario de

esta otra parcela, pues lo mismo le da adquirir los aprovechamientos apropiables que le faltan de otro propietario que de la Administración. No a la Administración, que de todas maneras obtiene el terreno gratis, y queda con igual cantidad de aprovechamientos disponibles, puesto que si adquiriera los del propietario con aprovechamiento real nulo, habría de pagarlos, y por otra parte vender otra cantidad igual a los propietarios que les falten. Este mecanismo teóricamente justo, quizá en la práctica ofrezca variaciones por las diferencias de precio y de rapidez entre las ventas efectuadas con la Administración y las efectuadas entre particulares.

Esta cesión aislada de terrenos destinados a dotaciones públicas de carácter local, no incluidos en unidades de ejecución, al ser gratuita, puede calificarse de donación y debe ser efectuada en escritura notarial (art. 633 Código civil). No basta otro documento público, y en todo caso no se puede admitir la certificación del Secretario del Organo administrativo actuante, porque es un acto ajeno a su competencia.

117

Puede negarse que esa cesión gratuita sea una donación, puesto que es obligatoria y el cedente se reintegra del valor de la cosa donada materializando en otra finca su aprovechamiento apropiable. Pero sigue siendo necesaria la escritura pública por aplicación del artículo 1.280,1.º del Código civil, y para que la cesión se pueda inscribir en el Registro de la Propiedad (art. 2,1.º y art. 3 LH).

Cabe admitir que solamente sea indispensable que en la escritura se recoja el consentimiento del dueño, junto con la descripción del terreno que se cede. El consentimiento de la Administración puede ser sustituido por la reseña del Plan en el que consta la afección del terreno a dotación pública, lo que implica un consentimiento anticipado.

Si la cesión afecta solamente a parte de una finca, no es necesaria licencia municipal de segregación, porque está de antemano autorizada y hasta ordenada en el Plan, que debe reseñarse.

Salvo la cesión gratuita que hemos visto, que debe formalizarse en escritura notarial, en los demás casos el documento por el que la Administración obtiene sus terrenos dotacionales y los aprovechamientos de esos terrenos es el correspondiente a la clase de actuación: el propio de la expropiación; el de la ocupación, que veremos después con más detalle; o el documento que recoja el acuerdo firme de redistribución.

Concreción y transferencia del aprovechamiento

A) Conceptos.

118

Por concreción del aprovechamiento entiende la Ley del Suelo el acto jurídico por el que el propietario de un terreno hace efectivo el aprovechamiento urbanístico que, habiendo sido susceptible de apropiación, lo ha adquirido efectivamente por el cumplimiento de los deberes que señala la misma Ley.

Consiste, pues, en la materialización del aprovechamiento apropiable, bien en la misma finca que lo genera, bien en otra diferente, o bien percibiendo la compensación sustitutiva equivalente.

Esta variedad de formas de materialización del aprovechamiento apropiable es consecuencia de las diferencias que existen entre éste y el real que la parcela tenga atribuido en el Plan. Para resolverlas, aparte de los mecanismos generales de redistribución (reparcelación, compensación), la Ley permite, aunque solamente en casos determinados, las transferencias del aprovechamiento apropiable mediante negocio jurídico.

Son, pues, transferencias de aprovechamiento los negocios jurídicos mediante los cuales se produce, en los casos permitidos por la Ley del Suelo, el ajuste entre los aprovechamientos susceptibles de apropiación y los reales permitidos por el planeamiento.

Estas transferencias están sujetas, para evitar especulaciones, a límites muy concretos. Eso hace que el aprovechamiento urbanístico no sea un bien de libre transmisión; solamente es posible transferirlo en los casos permitidos por la Ley.

Lo expresado resulta del artículo 29 de la Ley que establece las formas de concreción del aprovechamiento urbanístico. En su apartado 1 señala las formas generales mediante las que se concreta el dicho aprovechamiento, formas que es imperativo seguir (la Ley dice “se concretará”), que veremos a continuación y que no son la transferencia. Es en el apartado 2 de ese artículo en donde aparece la transferencia, pero como algo supletorio, solamente para corregir las diferencias (a las que la Ley llama desajustes), y solamente referida a las parcelas sitas en suelo urbano que no estén incluidas en unidades de ejecución. En otros artículos de la misma Ley del Suelo existen otros casos de transferencia de aprovechamientos, pero referidas también a supuestos concretos.

119

B) Naturaleza jurídica de la transferencia.

Las transferencias de aprovechamiento son negocios jurídicos voluntarios. El propietario a quien falten o sobren unidades de aprovechamiento apropiable, puede adquirir o enajenar las necesarias para conseguir el ajuste. Pero no está obligado a efectuarlo. Si para agotar el aprovechamiento real le faltan unidades de aprovechamiento apropiable y no quiere adquirir las que le faltan, se le concede la licencia conforme al aprovechamiento que ya tiene (arts. 189 y 190 LS).

Leyendo la Ley, parece que no tienen ese carácter voluntario aquellos casos en que existan, para una determinada zona, unas condiciones urbanísticas de volumen o alturas mínimas, en los que el Ayuntamiento ha de requerir al propietario para que adquiera las unidades que le faltan

(art. 191 LS), y si no las adquiere puede acordar “la imposición coactiva de la transferencia de aprovechamiento o la expropiación de la parcela” (art. 192,1 LS).

El precepto necesita desarrollo legal. Es evidente que si el propietario obedece al requerimiento y adquiere, realizará un negocio jurídico voluntario aun cuando lo sea en cumplimiento de un deber urbanístico. Y si no las adquiere, la solución legal es clara si la Administración opta por expropiar la parcela, caso en el que no se produce transferencia coactiva del aprovechamiento en favor del propietario sino de la parcela en favor de la Administración.

120 Pero si el Ayuntamiento opta por la “transferencia coactiva” es difícil admitir que signifique que el propietario adquiera forzosamente el aprovechamiento que le falta. En nuestro Ordenamiento jurídico está regulado el que a un propietario se le prive de su propiedad, por ejecución de deudas, por expropiación, etc.; pero no está regulada la adquisición forzosa, y hasta en las herencias y donaciones se exige la aceptación del adquirente.

Las transferencias de aprovechamiento se efectúan conforme al Plan que señala los aprovechamientos, pero no son actos de ejecución del Plan, en el sentido que esta expresión tiene en el artículo 22 de la Ley, porque no son actos que ejecute la Administración, por sí o mediante los particulares en los términos establecidos en la Ley (art. 141 LS), sino que se ejecutan por los particulares voluntariamente.

Por lo tanto, al adquirente de las unidades transferidas el Plan no le garantiza que el transmitente tenga esas unidades en el momento de la transferencia. Y tampoco está garantizado en igual sentido por el Registro de la Propiedad, ya que el aprovechamiento urbanístico no goza de la protección registral. El adquirente no tiene otra protección que la que resulte del negocio jurídico que efectúe con su transmitente.

C) Modalidades de la concreción, de las transferencias del aprovechamiento urbanístico y de la transmisión de los terrenos.

En esta materia se hace preciso distinguir tres supuestos diferentes: a) Terrenos incluidos en una unidad de ejecución; b) Terrenos no incluidos en una unidad de ejecución; c) Terrenos sobre los que se produce la ocupación directa.

Conviene, a su vez, distinguir las transferencias del aprovechamiento según que el transmitente sea el propietario o la Administración.

a) *Terrenos incluidos en una unidad de ejecución.*

Los terrenos incluidos en una unidad de ejecución pueden ser urbanos o urbanizables programados.

En estos terrenos no son posibles las transferencias de aprovechamiento entre los particulares; solamente son posibles las transferencias de la Administración en favor de los propietarios, aunque con ciertas limitaciones, como vamos a ver.

121

La concreción del aprovechamiento se efectúa necesariamente con la aprobación definitiva del instrumento redistributivo (art. 29,1,a LS), o sea, en el instrumento de compensación o reparcelación, todas las fincas a la vez.

En ese mismo expediente, en la aprobación definitiva del acuerdo de reparcelación o compensación, se realiza la transmisión o cesión gratuita a la Administración de los terrenos destinados a dotaciones locales (art. 205,1 y 2 LS).

Existe la excepción de los terrenos destinados a sistemas generales, calificados o adscritos a suelo urbano o a suelo urbanizable. Esos terrenos se han de obtener por la Administración mediante ocupación directa o expropiación (arts. 199,1,a y 201 LS), salvo que la legislación urbanística especial de la Comunidad Autónoma incluya esos terrenos cuando estén en suelo urbano o adscritos al mismo, en las

áreas de reparto (art. 94,1 LS) y disponga otro procedimiento para hacer la transmisión (art. 199,1,a LS). Por lo tanto, la Administración obtiene los terrenos, no en expediente redistributivo, sino en el de expropiación u ocupación; y los propietarios materializan su aprovechamiento percibiendo su valor al cobrar el justiprecio de la expropiación o en otras parcelas en otra unidad de ejecución, si de ocupación directa se trata.

En todo caso, en los terrenos incluidos en unidades de ejecución, sean urbanos o urbanizables programados, no existen cesiones gratuitas, aisladas, de terrenos en favor de la Administración.

122

La concreción del aprovechamiento en favor de los propietarios, salvo los casos de expropiación u ocupación directa, se produce, pues, siempre con la aprobación definitiva del instrumento redistributivo, y puede adoptar una de estas dos modalidades: 1.º Adjudicación de parcelas aptas para edificación sitas en la misma unidad de ejecución, que pueden ser las mismas fincas de origen o las nuevas de resultado, con las compensaciones económicas que por diferencia de adjudicación procedan; 2.º Compensación económica substitutiva (art. 29,1,a LS). En ese precepto no se nombran las transferencias de aprovechamiento.

Transferencias de aprovechamiento entre propietarios.

Siendo el instrumento redistributivo el mecanismo para concretar el aprovechamiento urbanístico entre propietarios incluidos en una unidad de actuación, sea suelo urbano o urbanizable programado, resulta que no son posibles las transferencias de aprovechamiento entre los propietarios incluidos en la unidad.

Está claramente expresado en el artículo 29 de la Ley del Suelo. En su punto o número 2 establece la manera de corregir los desajustes de aprovechamiento entre parcelas; pero solamente para los supuestos contemplados en el apartado b) del número anterior, apartado que se refiere exclu-

sivamente al suelo urbano y cuando en éste no se actúe mediante unidades de ejecución. Esta norma fundamental está, a su vez, reiterada en el artículo 185, primero del Capítulo III, dedicado a regular las transferencias del aprovechamiento, en el que se anuncia que las reglas a que han de someterse las transferencias son las que siguen en ese Capítulo, y las refiere solamente al suelo urbano cuando no se actúe a través de unidades de ejecución.

Estando el terreno incluido en unidades de ejecución, y no procediendo la expropiación, la concreción del aprovechamiento se rige por las normas del punto 1,a del artículo 29, que no permite transferencia de aprovechamientos entre particulares y establece las siguientes modalidades de concreción.

Ante todo, la adjudicación de parcelas edificables, que será la misma de origen u otra de resultado. Después las compensaciones en dinero, que serán complementarias o sustitutorias.

El propietario cuyas unidades de aprovechamiento apropiable no le alcanzan para obtener una parcela edificable de resultado, tiene derecho a una compensación económica sustitutiva (art. 29,1,a,2.º LS); y es posible también que, en vez de dinero, obtenga una cuota indivisa en una finca de resultado (art. 94,1 RGU). Y el propietario cuyas unidades de aprovechamiento apropiable exceden de las que tenga la parcela de resultado que se le adjudique, y esas unidades de exceso no le alcancen para que se le adjudique otra parcela entera, tiene derecho a una compensación económica complementaria por las unidades que no puede materializar en otra parcela (art. 29,1,a,1.º LS); y también puede obtener una cuota indivisa en una finca de resultado (art. 94,2 RGU).

Esas compensaciones, de producirse, están a cargo de los demás propietarios, pero no son jurídicamente transferencias de las unidades de aprovechamiento, porque todavía no existen. Los propietarios solamente adquieren el aprovecha-

miento urbanístico por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización (art. 26 LS).

Por lo tanto, durante la redacción del proyecto de redistribución todavía no aprobado, los propietarios no son titulares de unidades de aprovechamiento; solamente son titulares de fincas, las de origen. No pueden transferir aprovechamiento, solamente pueden transmitir fincas, o cuotas indivisas de éstas.

Por eso el importe de las compensaciones, tanto de las sustitutivas como de las complementarias, no se fija conforme al valor urbanístico de las unidades de aprovechamiento sino “atendiendo al precio medio en venta de las parcelas resultantes” (art. 166,1,f, párrafo segundo LS) “sin incluir los costes de urbanización” (el mismo precepto), que son de cuenta del propietario que percibe la compensación dineraria, como lo serían si materializara su aprovechamiento en otra parcela edificable.

124

En las unidades de ejecución y con vistas a las adjudicaciones de fincas de resultado, lo que legalmente puede existir son transmisiones de las fincas, no transferencias del aprovechamiento. Aunque económicamente sea igual, jurídica y formalmente es distinto. En esas transmisiones, sean entre vivos o por causa de muerte, hay que describir y transmitir las fincas de origen, pendientes de la redistribución; no las unidades de aprovechamiento.

Lo mismo procede en los casos en que una empresa urbanizadora se incorpora y hace las obras de urbanizar, o parte de ellas, percibiendo en contraprestación parcelas de resultado. El contrato será de obligación de transmitir en el futuro determinadas fincas de resultado; o será de transmisión presente de fincas de origen; nunca será transferencia de aprovechamiento susceptible de apropiación.

Transferencias de aprovechamiento entre la Administración y los propietarios.

Entre la Administración y los propietarios incluidos en la

unidad de ejecución sí que son posibles las transferencias de aprovechamientos, porque están expresamente permitidas en otro artículo de la Ley del Suelo, el 151,1 y 4. Pero de manera muy concreta y limitada, a saber:

Solamente es posible la transferencia cuando en la unidad de ejecución hay aprovechamientos reales que exceden de los susceptibles de apropiación por el conjunto de los propietarios incluidos en la misma, casos en los que esos excesos pertenecen a la Administración (art. 151,1 LS).

Solamente es posible la transferencia siendo transmitente la Administración, que es quien tiene unidades disponibles. Los propietarios no pueden transferir a la Administración, y tampoco a los particulares según hemos visto, las unidades que les corresponden como apropiables en proporción a la superficie de su finca, ni aun cuando ya estén terminadas las operaciones de cesión, equidistribución y urbanización, porque en el mismo momento en que adquieren esas unidades (con la aprobación definitiva del acuerdo redistributivo) quedan extinguidas como tales unidades y aplicadas o concretadas en la parcela de resultado.

El exceso de aprovechamiento real que tenga la unidad está, en principio, destinado a compensar a propietarios diferentes de los de esa unidad de ejecución, que estén faltos de aprovechamientos apropiables (art. 151,2 LS).

No obstante, la Administración puede transferir ese exceso a los mismos propietarios incluidos en la unidad de ejecución, si se cumplen los siguientes requisitos, que señala el artículo 151,4 de la Ley del Suelo: que estén conformes todos los propietarios incluidos en la misma unidad de ejecución, siendo posible, por tanto, la transferencia tan sólo a alguno o algunos de los propietarios. Que el uso de los terrenos en la unidad de ejecución no sea adecuado a los fines del Patrimonio Municipal del Suelo. Y que la contraprestación que los propietarios paguen sea el valor urbanístico de las unidades que se transfieren, bien en dinero por compraventa, o bien por permuta con otros terrenos situa-

dos fuera de la unidad de ejecución con uso adecuado a los fines del dicho Patrimonio.

b) *Terrenos no incluidos en unidades de ejecución.*

En las actuaciones urbanísticas solamente pueden estar excluidos, o mejor dicho no incluidos, en una unidad de ejecución los terrenos ya calificados como urbanos pero que todavía no alcanzan la cualidad de solares. Estos son los terrenos objeto de las llamadas actuaciones asistemáticas en suelo urbano; esto es, actuaciones urbanas sin sujeción a alguno de los sistemas de actuación (compensación, cooperación, expropiación).

126

En estas actuaciones asistemáticas son posibles las transferencias del aprovechamiento entre particulares y de los particulares con la Administración. Las regula la Ley del Suelo en el Capítulo III (arts. 185 a 198 LS).

La concreción del aprovechamiento apropiable se rige en estas actuaciones asistemáticas por la norma fundamental del artículo 29,1,b y 2, de la Ley del Suelo y los del citado capítulo III.

El artículo 29 dispone, con carácter imperativo (“se concretará”), que en suelo urbano, cuando no se actúa mediante unidades de ejecución, el aprovechamiento apropiable se concreta: 1.º, sobre la propia parcela; 2.º, sobre otras parcelas lucrativas incluidas en la misma área de reparto, en caso de estar afecta a uso público la del titular del aprovechamiento (art. 29,1,b LS).

Y añade el mismo artículo, que en esos supuestos, si la legislación urbanística aplicable, o sea, la de la Comunidad Autónoma respectiva, no dispone otra cosa, “los desajustes se resolverán en la forma prevista en los artículos 151,2, 187 a 191 y 194 a 196” (art. 29,2, LS), que forman parte del Capítulo III.

El propietario de suelo urbano no incluido en unidad de ejecución, no toma parte en ningún proceso de redistribu-

ción, pues éste se refiere a unidades de ejecución. Por eso ha de concretar su aprovechamiento apropiable, sobre la misma finca. Y si esa finca está en el Plan afecta a uso público en todo o en parte, o genera un aprovechamiento inferior o superior al real que tenga asignado la misma finca en el Plan, al no poder materializar en ella, en todo o en parte, el aprovechamiento apropiable que corresponde a la finca según su superficie, ese aprovechamiento ha de materializarse, bien comprando o vendiendo a la Administración las faltas o excesos de aprovechamiento, o bien concretando esas diferencias en otra finca de propiedad particular que esté en situación inversa, o sea, para la que el Plan señale aprovechamiento lucrativo superior o inferior al apropiable de esa misma finca.

Esas últimas son las transferencias de aprovechamientos entre particulares, las únicas que entre propietarios permite la Ley del Suelo. Las permite para corregir los desajustes de aprovechamiento entre fincas. Por lo que resulta indudable que solamente son posibles esas transferencias entre propietarios de la misma área, no entre un propietario y otra persona que no lo sea.

Por lo que respecta a la finca en sí misma, si tiene señalado en el Plan un cierto aprovechamiento real, sigue en propiedad de su dueño, que hará efectivo ese aprovechamiento con el aprovechamiento apropiable que tenía y adquiriendo los que le falten o enajenando los que le sobren.

Pero si la finca está destinada a uso público, en todo o en parte, la finca misma o la porción física afecta al uso público, ha de transmitirse a la Administración. Esa transmisión se efectúa:

Si el uso público consiste en sistemas generales, a no ser que la legislación urbanística autonómica disponga otra cosa por haber incluido los sistemas generales en el área de reparto (art. 199,1,a LS), no estarán incluidos esos terrenos en área de reparto (art. 94,3,a LS) y la Administración ha de obtenerlos mediante expropiación u ocupación directa

(art. 199,1,b LS). En uno y otro caso, mediante los documentos en que se formaliza la expropiación o la ocupación directa.

Si el uso público es el de dotaciones públicas de carácter local, “mediante transferencia, en virtud del correspondiente acuerdo de cesión, venta o distribución”, y en su defecto mediante expropiación u ocupación directa, dice el artículo 199,2 de la Ley. No hace falta decir que si la Administración actúa por expropiación u ocupación (art. 199,2,b LS), el documento transmisivo de la finca es el respectivo de esas formas de actuación.

128

Si la obtención de ese terreno se produce por “transferencia” (art. 199,2,a LS), ya ha quedado indicado antes que se ha de efectuar una transmisión, obligatoria y gratuita, del terreno a la Administración. Y que de su valor urbanístico se reintegra el propietario, o con la venta a la misma Administración de las unidades de aprovechamiento apropiable que tenía la porción física destinada a ese uso público, o mediante los acuerdos de cesión o distribución de aprovechamientos, efectuados con otro propietario cuya parcela tenga exceso de aprovechamiento real.

Veamos ahora las transferencias del aprovechamiento apropiable. Hay que distinguir las que se realicen entre propietarios y las que se efectúen entre propietarios y Administración.

Entre propietarios.

Son legalmente posibles las transferencias pero sujetas a estrechos límites, resultantes de su carácter de “ajustes” y de los mismos textos legales.

La finca de donde procede el aprovechamiento y la finca a la que se destina han de tener las dos la calificación de suelo urbano y estar excluidas de unidades de ejecución (art. 187,a LS). Si, aun siendo urbanas, una de ellas está incluida en una unidad de ejecución, no es posible la transferencia entre ellas.

Las dos fincas han de estar en la misma área de reparto, para que tengan un aprovechamiento tipo homogéneo (art. 29,1,b,2.º LS).

El dueño de una finca no puede transferir su aprovechamiento apropiable porque le plazca o en la cuantía que quiera. Solamente puede transferir el aprovechamiento que no pueda materializar sobre su propia finca, esto es, la “diferencia entre ambos” aprovechamientos, el apropiable y el real (art. 188,2 LS). Si ésta solamente tiene afectada una parte a uso público, el propietario ha de materializar sobre el resto de finca no afecto el aprovechamiento apropiable generado por toda la finca, y tan sólo podrá transferir las unidades que le sobren.

El adquirente ha de ser un propietario cuya finca tenga aprovechamiento real superior al apropiable, o sea, “con propietario que se encuentre en situación inversa” (art. 188,1 LS) al transferente. El propietario que no tenga aprovechamiento real de exceso, no puede adquirir, aunque tenga su finca en suelo urbano, en la misma área y excluida de unidades de ejecución.

129

Por lo tanto, y como se ha dicho, no puede adquirir aprovechamientos apropiables ninguna persona que no sea previamente propietario de finca en la misma área, excluida de unidades de ejecución, y con aprovechamiento real de exceso. Así pues, no puede adquirir aprovechamientos la empresa que realice las obras complementarias de urbanización para que la parcela urbana merezca la calificación de solar; a no ser, claro es, que ya sea propietaria de otra parcela que reúna los requisitos dichos.

Como hemos visto, la Ley permite la transferencia para que se pueda materializar el aprovechamiento apropiable que no puede aplicarse en la parcela que los origina y a la vez completarse el aprovechamiento real de la parcela que los recibe. Por lo tanto, los aprovechamientos transferidos quedan fundidos en la parcela de destino y no se los puede separar e independizar otra vez. En consecuencia:

El propietario que adquiere ha de señalar concretamente la parcela que recibe los aprovechamientos y justificar que es dueño de ella. Cuando posteriormente necesite hacer valer el total de unidades de aprovechamiento que tiene en esa parcela habrá de referirse a, por lo menos, dos títulos de adquisición: los apropiables generados por su finca, y los adquiridos por transferencia.

El propietario que adquiere no puede volver a transferir los aprovechamientos que ha adquirido. Están fundidos en su parcela. Sólo puede transmitirlos efectuando en la finca una segregación de terreno de superficie adecuada, si es que el Ayuntamiento autoriza la segregación.

La transferencia entre propietarios presenta el problema de los efectos de la transferencia en cuanto a las cargas que existan sobre la finca desde la que se transmite o en la finca que adquiere los aprovechamientos.

130 El Texto Refundido de 1992 exige la conformidad de los titulares de dichas cargas (art. 198,2 LS), con lo que, de haberlas en ambas fincas, hace falta el consentimiento de todos, y determinar con el propietario de la finca que adquiere, el orden de preferencia en ésta de las cargas.

Esta solución tiene la ventaja de la claridad, pero es excesiva. En la práctica obtener esos consentimientos puede resultar difícil y caro, y en ocasiones imposible. Si por ello deviene imposible la transferencia, o se demora mucho, el perjuicio para los propietarios es muy grave, puede llegar a la pérdida del aprovechamiento por no poder solicitar en plazo la licencia de edificación.

No se puede tampoco admitir como solución la de que la carga se traslade por ministerio de la Ley junto con el aprovechamiento transferido. Las transferencias de aprovechamiento en las actuaciones asistemáticas son actos voluntarios de los dueños de las fincas, no son actos de ejecución del Plan, y por lo tanto, no se produce la subrogación real que establece el artículo 167 de la Ley del Suelo para los casos de acuerdo redistributivo. Y no se

puede invocar el artículo 54 del Reglamento de Gestión, que admite esa subrogación para las transmisiones de aprovechamiento (punto 5 de ese artículo), porque la situación jurídica es muy diferente: el artículo 54 se refiere exclusivamente a fincas objeto de ocupación directa, y en éstas el titular del aprovechamiento es en realidad el propietario de la finca, que está ocupada, no expropiada, y que no se adquiere por la Administración en tanto que no se adjudique al titular del aprovechamiento otra finca en la unidad de ejecución a la que se le traslada.

La solución más razonable, a pesar de los defectos que tiene, es la de que la carga permanezca en la finca sobre la que esté constituida, y no se traslade. Se evita así, desde luego, el consentimiento de los titulares de cargas de la finca a donde se traslada el aprovechamiento, y los problemas de rango entre éstos y los de las cargas de la finca de que procede el aprovechamiento trasladado.

131

Cierto que el titular del derecho no trasladado puede quedar con menos garantía o con ninguna de carácter real, si la finca sobre la que pesa la carga tiene un uso dotacional público que afecte a parte o a toda la finca. Pero ese perjuicio procede del Plan que señaló a la finca un aprovechamiento lucrativo pequeño o nulo, Plan que afecta a todo propietario de finca o titular de derechos sobre la misma. Los titulares de un crédito hipotecario o, en general de toda carga, tienen siempre el riesgo económico de la disminución de valor de la finca gravada, deben prevenir el daño y ejercitar las acciones que tengan para obtener indemnización o conservar su derecho.

La cuestión está en que el artículo 198,2 del Texto Refundido exige ese consentimiento para la inscripción de la transferencia en el Registro Municipal. De poco sirve el alegar que ese apartado es “ilegal” porque no estaba en la Ley de 1990, en la que el artículo correspondiente, que era el 56, no tenía ese apartado; ni estaba en la Ley de 1976. Si para acreditar la transferencia y conceder la licencia de

obras, el Ayuntamiento no exige la inscripción en el Registro Municipal, la solución de hecho será la propugnada: la permanencia de la carga en la finca en que estaba. Si el Ayuntamiento exige la inscripción en el Registro Municipal, las transferencias de aprovechamiento van a tropezar con un obstáculo difícil de salvar y caro, con grave perjuicio para el tráfico jurídico.

La capacidad de los particulares para celebrar la transferencia es la necesaria para la clase de negocio jurídico en que se produzca, pero teniendo en cuenta que se refiere a bienes inmuebles. El aprovechamiento que se transfiere es un derecho real sobre bienes inmuebles.

Las transferencias entre particulares pueden efectuarse en acuerdos de cesión o de distribución (art. 188,1 LS).

132 La cesión, acto entre vivos, puede ser onerosa o gratuita. Si es onerosa, el precio es libre y la contraprestación no dineraria puede consistir en cualquier clase de bienes que estén en el comercio.

La cesión onerosa puede adoptar la forma de venta, permuta con otros bienes o derecho, aportación a sociedad que ya sea propietaria de finca adecuada o pase a serlo simultáneamente a la aportación del aprovechamiento, o cualquier otro negocio traslativo entre vivos.

La transmisión de aprovechamientos por herencia o legado puede efectuarse si al mismo tiempo se transmite una finca que pueda recoger esos aprovechamientos o el heredero o legatario ya la tiene. Cabe también que sea objeto de acuerdo particional, que será un acuerdo de distribución (art. 188,1 LS).

Por ser necesario que el adquirente sea propietario de una finca que reúna las circunstancias que se han expresado, resulta muy difícil su transferencia por adjudicación en caso de ejecución por deudas. El embargo y la ejecución deben recaer sobre la finca, con su aprovechamiento.

La distribución del aprovechamiento, para que sea verdadera distribución, ha de referirse a unidades que correspon-

dan a varias fincas de un solo propietario o de varios en condominio. En este último caso los varios condueños podrán otorgar una extinción de la comunidad adjudicando lotes separados a cada uno, incluso con abono de diferencias en dinero; no necesitan hacer un entrecruce de ventas o permutas.

La distribución entre dos o más fincas pertenecientes cada una a propietarios diferentes, que, por lo tanto, no están en comunidad, y de las que una o varias tengan falta y otra u otras exceso de aprovechamiento real, está expresamente prevista y permitida en la Ley del Suelo (art. 187,a, párrafo segundo). Pero es algo más que una distribución del aprovechamiento real. Antes de distribuirlo hay que concentrarlo todo en la finca o fincas que tengan aprovechamiento real bastante para absorber el exceso del apropiable de las otras fincas; para acto seguido distribuir el aprovechamiento concentrado entre los varios propietarios. Al proceder así se constituye primeramente una comunidad, con aportación y transferencia de aprovechamientos, y seguidamente una disolución de esa comunidad con el reparto o distribución del aprovechamiento concentrado. Si solamente hay una finca con alto aprovechamiento real en la que se reúnen los varios aprovechamientos apropiables, en esa finca se ha de hacer la distribución, y se habrá originado un condominio sobre ella.

La forma del documento en el que se efectúe la transferencia del aprovechamiento entre particulares es, por referirse a derechos reales sobre inmuebles, la exigida por la Ley para las transmisiones de bienes inmuebles. Por lo tanto, son de aplicación los artículos 1.279 y 1.280 n.º 1 del Código civil. El documento público a que se refiere este último, y que también exige la Ley del Suelo (art. 197,a), es la escritura pública o la sentencia judicial, por aplicación del artículo 1.216 del Código civil, porque sólo el Juez en las sentencias o el Notario en los negocios de transmisión extrajudicial (art. 1 Ley del Notariado), son los funcionarios competentes.

No es necesario que la transferencia de aprovechamientos se inscriba en el Registro de la Propiedad. No lo exige la Ley del Suelo, y ya ha quedado indicado la poca o ninguna utilidad que se obtiene mediante su inscripción. De inscribirse, habrá de ser mediante la escritura notarial de transferencia, por referirse a inmuebles (art. 2,1.º LH) y habrá de describir las fincas entre las que se transmite.

En esta escritura, el número de unidades de aprovechamiento apropiable que tenga el transferente ha de resultar de su afirmación. Se puede también expresar que ese número es el resultante de aplicar el aprovechamiento tipo del Plan a la superficie de la finca. Pero que el transferente tenga verdaderamente las unidades que transfiere, en ese momento de la transferencia, ni está garantizado por el Registro, ni tampoco se garantizaría mediante certificación del Ayuntamiento en la que se exprese el número de unidades resultante del Plan y de la superficie con que la finca aparece en los expedientes municipales. El Ayuntamiento no responde de que el transferente conserve esas unidades; puede haber transferido ya parte de las que tenía.

De querer inscribir la transferencia del aprovechamiento en el Registro de la Propiedad es necesario inscribir antes esa misma transferencia en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos (art. 198,1 LS) que la Ley ordena crear y llevar a cargo de los Ayuntamientos (art. 197 LS). Este Registro es un mecanismo de control de las unidades de aprovechamiento que la Administración tenga, de las que vaya adquiriendo y de las que vaya disponiendo, para evitar que, por error, disponga de más unidades que de las que pueda.

También podría ser un control administrativo para los particulares que soliciten licencia de obras. Pero lo cierto es que la Ley no exige la inscripción en ese Registro de Transferencias, para solicitar la licencia de edificar. No lo exige en los artículos dedicados a regular el dicho Registro (arts. 197 y 198 LS), y tampoco en el artículo 242, al regu-

lar los actos sujetos a licencia municipal. Dice este precepto en su punto 4: "En las actuaciones asistemáticas, la licencia habrá de verificar también si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación, debiendo procederse en caso contrario, conforme a lo previsto en los artículos 187 a 190 de esta Ley".

Es indudable que esa verificación, esa comprobación de que el solicitante de la licencia de obras tiene aprovechamientos apropiables bastantes, puede ser efectuada en el expediente de concesión de la misma licencia, aportando, si hacen falta, los documentos de adquisición de aprovechamientos. Precisamente los artículos a que se remite el 242, los 187 a 190 de la Ley del Suelo, se refieren a los actos o negocios jurídicos de cesión, compra o distribución, que será preciso acreditar como tales actos o negocios, sin hacer referencia o exigir que consten inscritos en ningún Registro, ni en el Municipal ni en el de la Propiedad.

135

Tampoco es necesaria la inscripción de las transferencias, ni de las unidades de aprovechamiento que por cualquier título tenga el dueño de una finca, para la posterior declaración de obra nueva. Puede ser otorgada y debe ser inscrita sin la previa constancia de los aprovechamientos, porque va acompañada de la licencia de edificación, y éste y no otro, es el documento de control de los aprovechamientos de una finca. Así lo establece el artículo 37,2 de la Ley del Suelo, que en modo alguno exige para la patrimonialización de la obra nueva, y para su inscripción en el Registro de la Propiedad, el que se acredite las unidades de aprovechamiento del titular.

El que para inscribir la transferencia del aprovechamiento en el Registro de la Propiedad sea necesario que previamente se inscriba en el Registro Municipal de Transferencias, acreditándolo mediante certificación expedida al efecto (art. 198,1 LS), evita que aparezcan en el Registro de la Propiedad aprovechamientos que no consten en el Registro Municipal. Pero ésa es una cuestión sin trascendencia dada

la falta de protección del Registro de la Propiedad para los aprovechamientos.

La Ley no prevé la inversa, pues es posible que la transferencia, ya inscrita en el Registro Municipal, no llegue a ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Tampoco tiene trascendencia, pero no es posible evitar esa segunda situación. Lo que indudablemente no se puede exigir es que la inscripción en el Registro Municipal quede pendiente, en su eficacia, de la inscripción en el de la Propiedad, que es voluntaria.

El Texto Refundido de 1992, de la Ley del Suelo, lamentablemente, exige que para inscribir la transferencia de aprovechamientos en el Registro del Ayuntamiento, sea preciso acreditar la "titularidad registral" de las fincas entre las que se efectúa la transferencia. Así aparece en el apartado 2 del artículo 198. Tal exigencia es un añadido imprecendente: no figuraba en la Ley del Suelo, la número 8 de 25 de julio de 1990, en donde era el artículo 56; ni estaba en el Texto Refundido de 1976.

Lo que se ha de justificar en el Registro de Transferencias del Ayuntamiento es la titularidad de las unidades que se transmiten, que resultarán de la titularidad de las fincas a que la transferencia se refiera, y que los aprovechamientos son transferibles y aplicables a la finca de destino.

De ninguna manera se puede exigir que se acredite la titularidad "registral" si esta palabra se interpreta entendiendo que es la del Registro de la Propiedad. La interpretación correcta debe ser la de que no basta que el solicitante de la transferencia manifieste ser propietario, sino que ha de acreditarlo. Para ello le basta tener la propiedad registrada en cualquier Registro público, como puede ser el Catastro, el Censo de propiedades del mismo Ayuntamiento, y desde luego el protocolo notarial, porque el interesado tiene en ese archivo registrada su propiedad, y lo mismo que en cuanto a cualquier otro Registro, puede obtener el correspondiente justificante. Restringir la titularidad registral

a la del Registro de la Propiedad, es una interpretación contraria al principio fundamental de la voluntariedad de la inscripción de las fincas en el Registro de la Propiedad.

Transferencias de propietarios con la Administración.

Esta clase de transferencias de aprovechamiento está regulada en la Ley con mayor libertad. Son posibles tanto si la Administración es la transferente o transmitente como si actúa de adquirente. Las examinaremos por separado, para mayor claridad.

Administración transmitente.

La Administración llega a ser titular de aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación por los propietarios, en los varios casos que se han ido exponiendo a propósito de la obtención de terrenos dotacionales, a saber: Hace suyos el cien por cien de los terrenos destinados a dotaciones públicas de carácter local, sin que tenga nada que pagar si esos terrenos están incluidos en unidades de ejecución, sean urbanos o urbanizables programados (art. 205,1 LS); o de no estarlo, al ser necesariamente urbanos, pagará el 75 por 100 si actúa por expropiación (art. 32,2 LS) o el 85 por 100 si emplea la ocupación directa. Hace suyos también el cien por cien de los aprovechamientos que generan los terrenos destinados a sistemas generales en suelo urbanizable programado o adscritos a éste, aunque tiene que compensar a los propietarios de esos terrenos con el 50 por 100 de las unidades de aprovechamiento, en caso de expropiación (art. 32,3 LS), o con el 85 por 100 en caso de ocupación directa. Por el contrario, recuérdese que no hace suyos los aprovechamientos de los terrenos destinados a sistemas generales en suelo urbano o adscritos a éstos, porque no están incluidos en el área de reparto (art. 94,3,a LS), salvo que la legislación de la Comunidad Autónoma lo disponga (art. 94,1 LS), sin perjuicio de que, cuando la Administración obtenga esos terrenos,

haya de compensar a sus propietarios con el 75 por 100 si los obtiene por expropiación (art. 32,1 LS) o con el 85 por 100 si es mediante ocupación directa.

Asimismo, pertenecen a la Administración los aprovechamientos de exceso que existan en una unidad de ejecución (art. 151,1 LS).

Finalmente, la Administración también pasa a ser titular de las unidades de aprovechamiento que los propietarios le cedan, a causa de que su parcela tenga en el Plan aprovechamiento real nulo o inferior al apropiable (art. 188 LS), y no haya querido o podido llegar a un acuerdo con otros propietarios sobre materialización de ese aprovechamiento.

138 Se comprende que la Ley de Suelo ordene a los Ayuntamientos llevar un Registro de los aprovechamientos. La Ley prevé que en ese Registro se inscriban, al menos (art. 197, párrafo primero LS), las transferencias. Es legalmente posible que también se hagan constar los aprovechamientos que la Administración obtenga de esas otras fuentes distintas de esa adquisición a particulares, que acabamos de indicar ya que van a ser las que mayor número de unidades le atribuyan.

Y también se comprende que ese Registro debe tener diferentes secciones para que no se mezclen aprovechamientos que no sean homogéneos por provenir de áreas de reparto con diferentes aprovechamientos tipo.

La Administración está obligada a facilitar las adquisiciones de aprovechamientos que necesiten los particulares; “deberá transmitir los aprovechamientos precisos” (art. 195 LS). Pero ha de transferirlos “con la finalidad expresada en el artículo anterior” que es “facilitar la ejecución del planeamiento” (art. 194,1 LS).

Por lo tanto, la Administración no puede transferir los aprovechamientos que tenga, ni a las empresas urbanizadoras, por el mero hecho de serlo, ni a quien mejor le parezca. Solamente puede transferirlos a quien sea propieta-

rio de una parcela con aprovechamiento real superior al apropiable.

Aplicación de esta idea fundamental son los dos supuestos especiales en los que la transferencia se ha de hacer en favor de propietarios que estén incluidos en una unidad de ejecución (arts. 151,4 y 152,2 LS). La especialidad consiste en que la transferencia no se hace a un propietario aislado.

En el artículo 151,4 el Ayuntamiento transfiere a los propietarios las unidades de aprovechamiento de exceso que se han generado en su misma unidad de ejecución, para que puedan alcanzar el aprovechamiento real. En el 152,2 el Ayuntamiento paga con unidades el aprovechamiento apropiable que el grupo de propietarios no puede materializar en su unidad de ejecución y se los lleva a otra.

La transferencia del aprovechamiento efectuada al propietario que necesite adquirir, tiene como finalidad satisfacer esa necesidad. Por lo que tal adquirente no puede volver a transmitir los aprovechamientos adquiridos de la Administración; están fundidos con la parcela para la que se adquirieron.

La Ley del Suelo contempla de modo expreso las transferencias que la Administración haga al propietario, a título de venta (art. 188,1 LS) o a título de permuta (art. 187,c LS). Pero no está prohibido que se puedan efectuar por otros títulos (aportación a sociedad, donación, etc.).

Si la Administración vende, el precio ha de ser “el resultado de la aplicación del valor urbanístico regulado en el artículo 53” (art. 195 LS); frase que parece significar que se aplicará el valor urbanístico de la parcela que recibe el aprovechamiento, en proporción a las unidades de aprovechamiento que adquiere, estando fijado el valor urbanístico por el valor de repercusión que tiene el suelo en el edificio, que ha de fijar la Administración tributaria para cada polígono (art. 53 LS).

A título de permuta, está contemplada en la Ley la transferencia en la que el propietario adquirente obtiene los

aprovechamientos que necesita cediendo a la Administración “otros terrenos de su propiedad afectos a sistemas generales o a dotaciones locales no incluidos en unidades de ejecución” (art. 187,c LS). Por esos terrenos la Administración habría de pagar un precio o compensación, según ya se ha visto.

No está prohibido que la permuta pueda ser convenida mediante cesión de otros bienes distintos a los nombrados en ese artículo 187,c.

Administración adquirente.

Este apartado se refiere únicamente a los aprovechamientos que, habiendo sido adquiridos por los particulares, éstos los transfieren a la Administración. No se refiere a los aprovechamientos que la Administración adquiere provenientes de la obtención de terrenos dotacionales.

140

La Administración no está obligada a adquirir los aprovechamientos que los propietarios tengan adquiridos y no puedan materializar sobre sus parcelas. “Podrá” adquirirlos, para facilitar la ejecución del planeamiento (art. 194,1 LS).

Estará, sin embargo, obligada, si ha formulado una oferta pública de adquisición, con la antelación suficiente para permitir que la edificación se produzca simultáneamente con el reajuste entre aprovechamientos reales y susceptibles de apropiación (art. 196,1 LS).

Para adquirir aprovechamientos de los particulares, la Administración no necesita ser previamente dueña de una finca a la que aplicar los que adquiera. La Administración no adquiere aprovechamientos apropiables para materializarlos aplicándolos a una finca concreta. Adquiere para facilitar a los particulares la ejecución del planeamiento (art. 194,1 LS), y debe transmitirlos a otros particulares que los necesiten con la misma finalidad (art. 195 LS). En consecuencia, los aprovechamientos adquiridos por la Administración no quedan fundidos en finca alguna de la propia Administración.

Las adquisiciones pueden efectuarse por cualquier título

legítimo en Derecho. La Ley del Suelo contempla, expresamente, la compra y la permuta.

Si la adquisición es a título de compra, el precio ha de ser el “valor urbanístico” (art. 194 LS). No parece que sea posible mayor ni menor precio. Esa fijación no figuraba en la redacción de la Ley de 1990, donde era el artículo 52,1, que dejaba más libertad. Al introducir esta regla el Texto Refundido, señala para las compras del aprovechamiento el mismo precio que para las ventas tenía ya señalado el texto legal de 1990 en su artículo 53 y persiste después (art. 195 LS).

Si la adquisición se hace por permuta, la Ley prevé la entrega, por parte de la Administración, de otros terrenos o la atribución de aprovechamientos en parcelas determinadas (art. 194,2 LS). Los aprovechamientos serán algunos de los que ya sea titular la misma Administración. No se excluyen otros bienes.

Problema común a toda transferencia entre la Administración y los particulares es el de la capacidad de la Administración y el de la forma o documento necesario para formalizar la transferencia.

En cuanto a la capacidad de la Administración, habrá que determinar quién sea el Órgano actuante. Normalmente será el Ayuntamiento, y su capacidad se rige por la Ley de Régimen Local, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. El que la Ley del Suelo diga que la Administración puede adquirir y está obligada a vender, no la exime de cumplir los requisitos legales de las adquisiciones o enajenaciones de bienes inmuebles, naturaleza que tienen los derechos de aprovechamiento, que son derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 334, n.º 10 Código civil).

En cuanto a la forma, la Ley del Suelo no señala forma especial para estas transferencias en las que interviene la Administración, ni para cuando transfiere ni para cuando adquiere. La señala para las transferencias entre particulares, para las que exige documento público (art. 197,a LS); pero

guarda silencio para las transferencias entre la Administración y los particulares (art. 197,b LS).

De ese silencio no se puede deducir la regla contraria de no ser necesario documento público para las transferencias entre particulares y la Administración. Lo que procede deducir es que esas transferencias se rigen por la legislación común, pues son contratos en los que la Administración actúa como parte contratante en igualdad de plano con el particular. Y en consecuencia, y puesto que se trata de negocios jurídicos sobre derechos reales, es aplicable el artículo 1.280 n.º 1 del C.c. y será necesario documento público; y ese documento público ha de ser precisamente escritura ante Notario, ya que éste es el único funcionario público competente (art. 1.216 C.c.) para autorizar los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1 Ley del Notariado).

142 El documento público notarial no puede ser sustituido por el documento público administrativo, porque la intervención del fedatario administrativo solamente puede recaer sobre los actos que la Administración otorga en su actividad como tal, no sobre los actos en que actúa como parte contratante en plano de igualdad jurídica con la otra parte contratante. El documento que se otorgue entre Administración y propietario, si no lo autoriza un Notario, es un documento privado. El Secretario del Ayuntamiento podrá certificar que el Municipio acordó transmitir o adquirir, y eso será necesario para justificar que se han cumplido los requisitos internos de actuación municipal; pero no sirve para cumplir los requisitos de forma.

El incumplimiento de la forma notarial no produce la nulidad de la transmisión, que será válida si reúne título y modo. Se producirán los efectos legales de todo documento privado. Pero esas transmisiones en documento privado no pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad, por impedirlo el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Las escrituras públicas en las que se contengan las trans-

ferencias de aprovechamientos son inscribibles en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos, que han de llevar los Ayuntamientos (art. 197,b LS), y en el Registro de la Propiedad (arts. 198,1 y 307,5 LS).

La inscripción no es necesaria en ninguno de los dos Registros para que la transferencia sea válida. Como tampoco es necesario (ni tiene utilidad alguna) que conste inscrito el aprovechamiento en el Registro de la Propiedad. Ya lo hemos visto antes.

c) Terrenos que son objeto de ocupación directa.

Concepto y naturaleza jurídica de la ocupación directa.

La Ley del Suelo dice: “Se entiende por ocupación directa la obtención de terrenos afectos por el planeamiento a dotaciones públicas mediante el reconocimiento a su titular del derecho a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real” (art. 203,1 LS).

143

La ocupación directa es un acto unilateral de la Administración. El dueño de los terrenos ha de soportar la ocupación, que la Administración decide sin necesitar el consentimiento del propietario del terreno ocupado. La Administración ocupa físicamente, toma posesión material, del terreno de que se trate, quiéralo o no su dueño.

Es, pues, un acto de imperio. En ese carácter se asemeja a la expropiación forzosa, pero no es expropiación. La Ley del Suelo contrapone la expropiación a la ocupación como dos medios diferentes para obtener los terrenos dotacionales (arts. 199 y 201 LS).

En la expropiación es indispensable que exista justiprecio de la finca expropiada, independientemente de que el importe del justiprecio se pague “precisamente en dinero”, como dispone la Ley de Expropiación Forzosa (art. 48,2 LEF) o se pague transmitiendo al expropiado otros terrenos, como permite la Ley del Suelo para las expropiaciones no motivadas por el incumplimiento de deberes urbanísticos (art. 217 LS).

En la ocupación directa ni existe el trámite de justiprecio, ni se valora la finca que se va a ocupar. La Administración se limita a reconocer que el terreno ocupado tiene un determinado número de unidades de aprovechamiento apropiable (art. 203,3,1.^a y 2.^a,c LS) y se los entrega en una unidad de ejecución en la que se puedan materializar, por existir en ésta terrenos con aprovechamiento lucrativo de exceso (art. 203,1 LS). Pero no se hace valoración, en dinero, de esas unidades de aprovechamiento, ni al efectuarse la ocupación, ni después.

Al no existir expropiación, el dueño de un terreno ocupado no pierde la propiedad del mismo por el hecho de la ocupación. La pierde después, cuando se le adjudique en propiedad una o varias fincas de resultado en la unidad de ejecución a la que fue trasladado su aprovechamiento. Esa adjudicación se produce, como es sabido, con la aprobación definitiva del expediente reparcelatorio o compensatorio de redistribución relativo a la unidad de ejecución a la que ha sido trasladado. Desde que se produce la ocupación, hasta que al propietario se le adjudica la finca de resultado, este propietario sigue siendo dueño de la finca ocupada.

La Ley del Suelo reconoce claramente que el dominio de la finca sigue en el propietario ocupado al concederle derecho a ser indemnizado “en los términos establecidos en el artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa por el período de tiempo que medie desde la ocupación de sus terrenos hasta la aprobación definitiva del instrumento de redistribución correspondiente” (art. 204,1 LS).

La indemnización del artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa corresponde a los propietarios que lo siguen siendo, que no pierden la propiedad de sus terrenos durante un período de tiempo, en el que la Administración necesita ocuparlos o poseerlos a los fines concretos de la expropiación. Y el artículo 204 de la Ley del Suelo señala claramente cuál sea en nuestro caso el período de tiempo, el que media desde el hecho material de la ocupación o po-

sesión “hasta la aprobación definitiva del instrumento de redistribución correspondiente”.

En este posterior momento, el de aprobación definitiva de la redistribución, es cuando el propietario ocupado pierde la propiedad de su finca de origen, porque en ese momento adquiere la finca de resultado. Por eso, si pasa el tiempo y no hay aprobación definitiva del acuerdo de redistribución, la Ley del Suelo permite al propietario ocupado advertir a la Administración su propósito de iniciar el expediente de justiprecio (art. 204,2 en relación con el 202,2 LS), que terminará con la expropiación del terreno ocupado, lo que demuestra, una vez más, que entretanto el propietario ocupado es dueño de la finca ocupada.

El Reglamento de Gestión Urbanística (arts. 52 a 55 del RGU aprobado por R.D. 3288/1978, de 25 de agosto, vigente en esos artículos, a tenor de la Tabla de vigencias aprobada por R.D. 304/1993, de 26 de febrero), abundando en cuanto va dicho, dispone que la ocupación se haga constar en el Registro de la Propiedad solamente mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca de la que es titular el propietario ocupado (art. 53,3 RGU).

La inscripción del dominio de la finca se mantiene en ese Reglamento a nombre de su titular y es la que recoge la eventual constancia que el propietario quiera hacer de las unidades de aprovechamiento derivadas de su finca, que en la práctica no se ha hecho; las posteriores transmisiones de esas unidades que se quiera hacer como tales unidades de aprovechamiento, que en la práctica tampoco se han hecho y que habrían de hacerse “conforme a lo establecido para la transmisión de bienes inmuebles”; y las transmisiones de la finca misma como tal finca, manteniéndose vivo el folio registral de finca, “que no se cancelará hasta que se inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono en que los titulares de las citadas unidades de aprovechamiento” hagan efectivo su derecho (art. 54,4 RGU).

No es necesario aclarar que este precepto contempla el aspecto registral y por eso mantiene vivo el folio del propietario hasta que se inscriba el acuerdo redistributivo, pero la propiedad se pierde antes, con la aprobación definitiva del acuerdo.

Aprovechamiento apropiable del propietario de finca ocupada, y concreción del mismo.

La Ley del Suelo establece (art. 203,4 LS), como ya lo hizo el Reglamento de Gestión (art. 54 RGU), que la Administración expida un certificado para cada finca ocupada en el que se exprese, además del titular, la superficie ocupada y los aprovechamientos que le corresponden.

146 Ese aprovechamiento es el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentren los terrenos, referido a la superficie de la finca ocupada. Si son terrenos urbanos no incluidos en área de reparto, se aplica el aprovechamiento señalado para el área que pueda haber si es única, y si hay varias, el promedio de todas (art. 59 LS, por analogía).

Es procedente que el dueño del terreno ocupado perciba el porcentaje del 85 por 100, porque es la regla general (art. 27 LS), no contradicha para la ocupación en ningún otro artículo de la Ley. Así como para la expropiación la Ley señala porcentajes menores del 85, en cambio, para la ocupación guarda silencio.

Ese aprovechamiento lo ha de materializar el dueño de la finca ocupada en otro lugar, en una unidad de ejecución que tenga aprovechamientos reales de exceso sobre los aprovechamientos susceptibles de apropiación de los propietarios de fincas físicamente sitas en esa unidad (art. 203,1 LS). Esos aprovechamientos de exceso pertenecen a la Administración (art. 151,1 LS); y uno de los varios destinos a que puede la Administración dedicarlos es "a compensar a propietarios de terrenos no incluidos en unidades de ejecución afectos a dotaciones locales o sistemas generales"

(art. 151,2 LS), situación en que están los propietarios de terrenos ocupados.

En la misma certificación en que se acredita la ocupación y el aprovechamiento que tenga el propietario, se ha de expresar la concreta unidad de ejecución donde se harán efectivos estos aprovechamientos (art. 203,3,2.ª, d LS).

Situación jurídica del propietario de finca ocupada.

Como se ve de cuanto va dicho, el propietario de finca ocupada sigue siendo su dueño, aunque no tenga la posesión material, que ha pasado a la Administración. La Administración todavía no ha adquirido la propiedad, por lo que no debe hacerse a su favor una inscripción del dominio de la finca. El Reglamento de Gestión dispone que se practique una modesta nota al margen de la última inscripción de dominio vigente, y lo que proclama esa nota es “el hecho de la ocupación” (art. 53,3 RGU vigente en ese artículo). La Ley del Suelo actual dice que se inscriba la superficie ocupada a favor de la Administración “en los términos que reglamentariamente se establezca” (art. 203,5 LS).

147

Es evidente que este precepto reconoce que no se puede inscribir el dominio a favor de la Administración, y remite al Reglamento que se dicte el determinar la clase de asiento que haya de practicarse. El Reglamento, por lo tanto, no puede establecer una inscripción de propiedad a favor de la Administración. Si no quiere atenerse a la nota marginal del Reglamento de Gestión, el asiento de inscripción no debe ser de dominio, sino “en concepto de ocupación directa”, añadiendo que está pendiente de materialización el aprovechamiento de esa finca, susceptible de apropiación por el dueño de la misma finca.

El mantener el folio registral de la finca ocupada, como hace el Reglamento de Gestión, resuelve el problema que plantea el supuesto de que la ocupación directa afecte solamente a parte de la finca inscrita. Aplicando el Reglamento de Gestión el problema no existe porque la nota al margen

expresará la superficie ocupada en la finca, que seguirá, registralmente, entera. Si por el contrario se quiere inscribir la superficie ocupada a favor de la Administración, en folio registral distinto, hará falta la segregación de la parte ocupada.

El Registrador no puede practicar la segregación, de oficio, sin el consentimiento del titular registral de la finca cuya descripción se modifica y reduce en superficie; ni podrá practicarla a instancia de la Administración, porque ésta no es titular de un derecho real sobre finca no inscrita (art. 7 LH).

Además, esa primera inscripción de la porción segregada físicamente no será “de dominio” con lo que se cometerá infracción del artículo 7 de la Ley Hipotecaria. Esta ilegalidad se produce también cuando la ocupación afecta a toda la finca, si se abre folio registral de dominio a favor de la Administración.

148

El único que puede otorgar la segregación es el dueño de la finca, por lo que, o éste accede a efectuarla, o la Administración debe quedarse sin constancia registral de su ocupación, cuestión que se supone le importe bien poco; con inscripción o sin ella la ejecución del Plan sigue adelante y vincula a todos los terceros adquirentes de la finca ocupada, aunque nada conste en el Registro de la Propiedad.

Desde el momento en que sufre la ocupación, el propietario forma parte de la comunidad reparcelatoria o compensatoria de la unidad de ejecución a la que se traslada su aprovechamiento. Está, pues, en igualdad de condiciones que los propietarios de fincas físicamente sitas en la unidad.

Esa igualdad de situación produce las correspondientes consecuencias, entre otras la de que no tiene adquiridas las unidades de aprovechamiento que le corresponden hasta tanto no se hayan cumplido totalmente los deberes de cesión, equidistribución y urbanización (art. 26 LS). Documentalmente será necesaria la aprobación definitiva del

instrumento reparcelatorio o compensatorio y acreditar que se ha terminado la urbanización en la forma que exige la Ley (art. 28,3 LS).

No contradice esa afirmación el que la Ley del Suelo disponga que se abra folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada (art. 203,6 LS). Ese folio lo que en verdad recoge es la propiedad de la finca, porque ésta permanece en el titular ocupado como hemos visto, y porque la misma Ley del Suelo, en el mismo párrafo, ordena que a ese folio “se trasladarán las inscripciones de dominio y demás derechos reales vigentes sobre la finca con anterioridad a la ocupación” (art. 203,6 LS).

De la misma manera que el dueño de una finca físicamente incluida en una unidad de ejecución, y hasta tanto no se aprueba definitivamente el instrumento redistributivo, conserva la propiedad de su finca de origen y simultáneamente, precisamente por tener esa propiedad, forma parte de la comunidad de propietarios incluidos en esa unidad, también el propietario cuya finca ha sido ocupada conserva la propiedad de su finca y al mismo tiempo, como propietario de la misma, forma parte de la comunidad de propietarios que ha de redistribuir beneficios y cargas en la unidad de ejecución a la que se traslada su aprovechamiento.

Una vez aprobado definitivamente el instrumento redistributivo a que venimos refiriéndonos, de una parte se debe cancelar ese folio especial abierto al aprovechamiento, haciendo constar los datos registrales de la finca o fincas de resultado que han correspondido. Y de otra, en el folio que expresa la inscripción de la finca a favor de la Administración en concepto de ocupación directa, se debe hacer constar la materialización del aprovechamiento que por esa finca correspondía a su dueño y la finca de resultado que se le ha adjudicado, quedando entonces, y no antes, transmitida la propiedad de la finca a la Administración.

Transferencia del aprovechamiento.

El propietario cuya finca ha sido objeto de ocupación directa no puede transferir las unidades de aprovechamiento que la Administración ha reconocido a su favor, porque todavía no las ha adquirido. El certificado que, al ocupar, expide la Administración expresa, no que el propietario tiene ya adquiridas esas unidades, sino “la superficie ocupada y aprovechamientos urbanísticos que le correspondan”. Lo mismo se puede decir de todo propietario afectado por una actuación urbana, antes de empezar a urbanizar y redistribuir: a la superficie de su terreno “le corresponden” determinados aprovechamientos según el aprovechamiento tipo, pero no los tiene, debe antes adquirirlos. Y nadie puede transferir, con efectos reales, lo que no tiene.

150

Lo que el propietario con finca ocupada puede transmitir es la misma finca, de la que no ha perdido su dominio. Aunque en un lenguaje venidero, se diga de modo impropio que se transmite el aprovechamiento de esa finca, lo que se está transmitiendo es la finca misma, y de eso habrá de ser consciente el Notario que autorice la escritura, para redactarla correctamente. Y si quiere transmitir solamente una parte de esos supuestos aprovechamientos, lo que procede es transmitir una cuota indivisa, proporcional, de la finca.

De igual manera puede constituir gravámenes. Siempre sobre la finca ocupada, no sobre los aprovechamientos. Nunca sobre la finca de resultado. Sobre esa finca de resultado se podrán celebrar negocios obligacionales, a cumplir en el futuro, que serán válidos, pero no serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (art. 9 RH).

Por eso el Reglamento de Gestión, en norma declarada vigente, establece que las posteriores transmisiones de todas o parte de las unidades de aprovechamiento se inscribirán en el mismo folio (art. 54,4 RGU); folio que en ese Reglamento es el que tenía la finca. En la nueva Ley del Suelo se abre al propietario ocupado un folio independiente; pero

como a éste se traslada la inscripción del dominio y demás derechos reales vigentes sobre la finca, este folio independiente, en realidad, recoge la inscripción de la propiedad de la finca a favor del propietario ocupado (art. 203,6 LS).

Ese precepto, el 203,6, dice que al folio independiente se trasladarán los derechos reales vigentes sobre la finca “con anterioridad a la ocupación”. Los gravámenes existían sobre la finca, y sobre la misma finca siguen, aunque la desafortunada expresión de la Ley del Suelo diga “aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca”. Esos gravámenes serán preferentes a los posteriores que pudieran establecerse sobre “el aprovechamiento”, y seguirán a éste para recaer sobre la finca de resultado en la unidad de ejecución de destino, por aplicación de la subrogación real, a no ser que la carga sea incompatible con el planeamiento (arts. 167 y 169 LS; y art. 54,5 párrafo último del RGU). Igual, pues, que ocurre con los otros propietarios incluidos en la unidad de ejecución en la que se materializan los aprovechamientos, y cuyas fincas estaban físicamente en esa misma unidad.

Igual solución, la de la subrogación real, es la que contempla el Reglamento de Gestión (art. 54,5), que además establece la posibilidad de que el titular de la carga pueda proceder contra las varias fincas de resultado que hayan podido adjudicarse al propietario que sufrió la ocupación, conforme a los artículos 123 de la Ley Hipotecaria y 221 de su Reglamento.

No contradice esa construcción jurídica el que el mismo Reglamento de Gestión permita que, mediante acuerdo de los interesados, el aprovechamiento apropiable por el dueño de la finca se reparta entre éste y los titulares de las cargas (art. 54,2 RGU). Se produce una transformación del gravamen en cuota de propiedad sobre la finca, que pasa a pertenecer en condominio conforme a esas cuotas convenidas.

Requisitos de forma de los distintos actos jurídicos que genera la ocupación directa.

La ocupación, en sí misma, se formaliza en acta del Organo actuante, que debe expresar determinadas circunstancias (art. 53 RGU). Es un acto de imperio, de la Administración.

Ese acta no debe considerarse título bastante para que en base al mismo se practique una inscripción en folio independiente a favor de la Administración actuante, ni siquiera "en concepto de ocupación directa". Se debe protocolizar notarialmente, y que sea la copia auténtica la que se inscriba.

No se puede admitir ese acta como título para practicar una segregación en la finca, caso de que la ocupación se refiera solamente a parte de la misma finca. La Administración no está expropiando, solamente ocupando, y carece de facultades para segregar jurídicamente una parte de la finca, aunque la ocupe. La segregación ha de hacerla, si quiere, el propietario; y mediante escritura notarial (art. 50 RH).

Las sucesivas transmisiones del llamado aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada, así como la constitución o cancelación de gravámenes, están sujetas al régimen de forma exigido para el tráfico sobre bienes inmuebles, por ser en realidad transmisiones de la misma finca (art. 1.280, n.º 1 C.C. en relación con los arts. 1.218 y 1.216 del mismo Código).

El título inscribible será, por lo tanto, la escritura ante Notario o la sentencia judicial (art. 3 LH).

La materialización del aprovechamiento correspondiente a la finca ocupada se formaliza en el instrumento redistributivo (compensatorio o reparcelatorio), definitivamente aprobado, que comprenda a los propietarios de fincas físicamente sitas en la unidad de ejecución a que el instrumento redistributivo se refiere y también a los propietarios de

suelo exterior a esa unidad a quienes la Administración les haya reconocido derecho a participar en las adjudicaciones de las fincas de resultado (arts. 71,2 y 163,3 del RGU, vigentes según la Tabla de vigencias).

La aprobación definitiva de la redistribución se puede formalizar en escritura pública o en documento administrativo expedido con las solemnidades y requisitos dispuestos para las actas de los acuerdos del Órgano actuante (arts. 113,1 y 174,3 RGU). Pero el acta administrativa del acuerdo aprobatorio no es directamente inscribible; ha de ser objeto de protocolización notarial (arts. 113,2 y 174,4 del RGU), y solamente es título inscribible la copia que éste expida.

AMPLIACIONES PARCIALMENTE GRATUITAS DEL CAPITAL EN LA SOCIEDAD ANONIMA *

ANIBAL SÁNCHEZ ANDRÉS

Catedrático de Derecho Mercantil

155

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. 2. DESVIACIONES CONCEPTUALES Y SENTIDO DE LAS AMPLIACIONES MIXTAS. 3. LOS ASPECTOS OLVIDADOS POR LA DOCTRINA QUE SE COMENTA. 4. RECORDATORIO GENERAL SOBRE RESERVAS DISPONIBLES. 5. CAPITALIZACIÓN PURA, AUMENTO MIXTO Y TÉCNICAS DE PROTECCIÓN CORRESPONDIENTES. 6. DIFERENTE ALCANCE DE ESAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN. 7. EL VERDADERO CRITERIO DE VALORACIÓN SEGÚN LA LEY ESPAÑOLA. 8. CARGA DE LA SUSCRIPCIÓN Y COBERTURA DEL AUMENTO. 9. DE NUEVO SOBRE EL CONTENIDO Y RÉGIMEN DEL DERECHO DE ASIGNACIÓN. 10. CONCLUSIONES Y ALGO ACERCA DE LA TIPOLOGÍA Y CLASIFICACIÓN DE LOS AUMENTOS MIXTOS.

* Texto de la conferencia pronunciada por el autor en el Colegio Notarial de La Coruña, el día 25 de junio de 1993.

1. Planteamiento del tema

156

Agradezco a los organizadores de este acto la oportunidad que me brindan de retornar a estas tierras gallegas, con las que tantos lazos me unen, para renovar la reflexión sobre temas a los que he mantenido siempre una gran fidelidad desde mis primeros pasos de aprendiz universitario. Por esa razón, esta expresión de gratitud es incondicional y absolutamente sincera, aunque mucho me temo que el transcurso del tiempo se dejará notar un tanto en la exposición, y desde luego no menos que la falta del que he dispuesto para preparar la presentación de un asunto que, por el sesgo que va cobrando el tratamiento jurisprudencial y científico que en la actualidad se le dispensa, no debo ocultar que me suscita muy seria preocupación. El tema en cuestión es el de las ampliaciones de capital acordadas por sociedades anónimas, combinando para su cobertura recursos propios, ya existentes en el patrimonio social, con nuevas aportaciones desembolsadas en efectivo; una combinación que siempre se había considerado bastante problemática, como todavía hoy se advierte leyendo los trabajos de GARRIDO DE PALMA o de LÁZARO SÁNCHEZ, pero que ahora parece favorecer la STS de 28 de mayo de 1990 y que un sector de nuestra doctrina más reciente (de modo dubitativo el Prof. VELASCO SAN PEDRO y más claramente el Prof. PAZ-ARES) parece mirar asimismo con evidente simpatía, a mi juicio, por un cierto deslumbramiento o transposición al terreno jurídico de conceptos económicos, no siempre correctamente ensamblados en la articulación institucional de la figura.

PAZ-ARES expresa inequívocamente esa orientación cuando nos dice que su interés por el tema “se ha despertado a raíz de la lectura de algunas páginas, firmadas por economistas de la empresa, que ponen en entredicho la racionalidad y razonabilidad del paradigma dominante entre los juristas”. Y, por su parte, la sentencia antes mencionada nos dirá, con un lenguaje bastante inusual para la prosa del ARANZADI, que “si la

sociedad que desea distribuir beneficios, que figuran como reservas libres en sus balances, está a la vez necesitada de una efectiva aportación patrimonial, nada impide que busque cubrir la finalidad financiera sentida con la emisión en acciones nuevas en las que, poniendo en juego el artículo 88 de la Ley [entiéndase, la Ley de Sociedades Anónimas ya derogada de 1951] se consiga aquel fin primero sin excluir que, al propio tiempo, se pueda llegar hasta el *apalancamiento de la sociedad* (*sic*), mediante la financiación complementaria"; siempre —claro está— que —como también añade la misma resolución judicial— queden adecuadamente garantizados los derechos de los socios. Luego veremos si tal garantía concurre en los términos que patrocina la sentencia mencionada y alguno de sus comentaristas. Ahora interesa mucho más ir preparando el terreno en el que habrá de situarse luego la revisión de esta nueva doctrina sobre aumentos mixtos, mediante la declaración de las desviaciones conceptuales que desde su mismo pórtico anuncian los planteamientos recordados. Porque es bastante evidente que en el texto de la sentencia se mezclan incorrectamente los conceptos de beneficio y de reservas, cuando es más cierto que la sola constitución de éstas últimas transforma aquéllos en una cuenta de pasivo relativamente inmovilizada, que si llegara a capitalizarse después, tampoco sería, en ningún caso, un reparto diferido de ganancias, sino que daría lugar a una nueva indisponibilidad añadida, puesto que el traspaso de las reservas a la cuenta del capital veda definitivamente su reparto en garantía de los acreedores. Veamos, pues, un poco más alguna de estas

157

2. Desviaciones conceptuales y sentido de las ampliaciones mixtas

Formuladas las ideas anteriores en términos mucho más elementales, el primer error conceptual de la sentencia consiste en decir qué fondos, que no salen de la sociedad hacia

el bolsillo del socio y que por el contrario se transforman en indisponibles, aumentando definitivamente la aportación del accionista sujeta a riesgo, son básicamente una distribución de ganancias. Tal afirmación sólo puede entenderse en un sentido metafórico muy lato que ni siquiera es técnicamente correcto en el plano económico; porque aunque el accionista reciba nuevas acciones sin desembolso al capitalizarse las reservas e incluso si después procediera a la venta de esas mismas acciones, por la parte que representa la porción gratuita de la ampliación, lo cierto es que, económicamente hablando, lo único que estará haciendo el socio que así se comporte es una desinversión de recursos productivos y por tanto convirtiendo en líquido un capital, que es algo bastante distinto, por cierto, a cobrar sus réditos. Dicho lo anterior, mayor perplejidad produce que la sentencia en cuestión —a nuestro parecer una vez más con dudoso tecnicismo— explique la asociación de los dos diferentes componentes que sirven de cobertura al aumento mixto del capital (esto es, el contravalor en reservas, de una parte, más las nuevas aportaciones, de otra), como un fenómeno de *apalancamiento*, expresión de honda raigambre dentro de la literatura económico-empresarial, pero perfectamente ajena al género literario al que pertenecen las sentencias. No obstante, creo que tiene algún interés llamar la atención sobre esta terminología porque, acaso sin quererlo, traduce adecuadamente alguno de los posibles abusos a los que se presta aquella combinación.

En la literatura financiera, efectivamente, se llama “apalancamiento” a la capacidad de la empresa para allegar recursos adicionales de tercero, utilizando para ello la capacidad de endeudamiento que permiten los capitales propios; de suerte que las operaciones de este tipo permiten multiplicar el volumen de recursos que se alcanzarían de un modo directo si la adquisición no estuviera “apalancada”. Y, vistas las cosas de este modo, sobre no ser la expresión que la sentencia usa la más adecuada para describir el caso que nos ocupa, sí es cierto, en cambio, que sugiere lo que ordinaria-

mente no se acostumbra a confesar, a saber: que las sociedades recurren a los aumentos mixtos cuando por las razones que fueren, que pueden ser muchas, son incapaces de allegar nuevos recursos mediante un simple aumento oneroso. En tales casos, si la ampliación se subvenciona a costa de las reservas de los viejos accionistas resultará más fácil que socios de control o financiadores externos concurren al aumento que los accionistas comunes no quieren o no pueden suscribir. Y entonces se entiende mejor la función económica de una operación que, mirada al margen de esa óptica distorsionada, carece de utilidad empresarial específica. Hacemos esta última afirmación porque, en los casos en que la sociedad no tenga problemas para colocar la porción correspondiente al aumento oneroso, es manifiesto que logra la misma cifra de capital repartiendo la operación en dos tramos, esto es, capitalizando primero las reservas y procediendo después a una ampliación contra desembolso, diseño alternativo que no impone a los disconformes el condicionamiento de nuevas aportaciones para conservar la cuota que ya tenían en la sociedad ni impide a ésta situar su cifra de capital en el nivel que necesita. Así pues, cuando las sociedades se resisten a aceptar este diseño alternativo, siempre más respetuoso con los intereses del socio, y se atrincheran en la solución de un aumento mixto, hemos de suponer que lo que realmente pretenden es aprovechar lo que la sentencia llama “llegar hasta el apalancamiento” propósito que, con terminología algo eufemística, viene a denominar ahora PAZARES el “*efecto tying*”, esto es, el derivado de ese enlace o combinación de coberturas que, en los casos extremos antes señalados, bien podríamos glosar titulándolo “El efecto *tying*, o cómo meter cándidamente la mano en el bolsillo de nuestros accionistas”. Luego trataré de explicar un poco más este subtítulo que realmente es menos descarado de lo que parece. Pero antes importa mucho más aclarar un aspecto que todos los tratadistas hasta ahora mencionados silencian, así como también algún otro parcialmente distinto que debe-

ría desvanecer en contra de su postura las dudas, bastante bien fundadas, que respecto de la licitud de la operación manifiesta VELASCO SAN PEDRO. Empezando por este último punto, veamos ahora.

3. Los aspectos olvidados por la doctrina que se comenta

160 Este último autor parece entender efectivamente que la articulación de la operación en dos tramos es la única que garantiza los derechos del socio en pequeñas sociedades, mientras que en las mayores o bursátiles el desinterés del accionista por la gestión autorizaría quizás a suponer que la simple concesión de un derecho de suscripción negociable podría considerarse, aunque según vimos no sin ciertas dudas, como protección probablemente suficiente para unos accionistas a quienes importa más compensar el aguamiento patrimonial que subsigue al aumento que la conservación de una cuota de participación en la que no están excesivamente interesados. Pero, aparte de que ni un solo texto de la Ley positiva española autoriza a patrocinar distinto régimen para sociedades abiertas y cerradas, tampoco es verdad, a mi juicio, que en las sociedades bursátiles el tema de posibles abusos de la mayoría y la mayor facilidad de la transmisión de los derechos de suscripción —que son aspectos secundarios, incapaces de solventar por sí mismos el tema de la licitud o ilicitud básica de la operación— llegue a plantear de un modo distinto que en las sociedades cerradas o familiares la cuestión del mantenimiento de la integridad de la cuota. Nosotros no vemos esa diferencia, aun reconociendo, como es obvio, que la participación social aparece en las sociedades que cotizan superiormente objetivada, cobrando también una significación patrimonial más acentuada que muchos pretenden reducir, demasiado esquemáticamente quizás, a la conservación del valor económico de una inversión lucrativa. Si quisiéramos reconocer diferencias de tratamiento entre socie-

dades abiertas y cerradas el planteamiento debería ser más bien el contrario. De un lado, y en primer lugar, porque no hay venta de derecho de suscripción o cesión del llamado de asignación gratuita que conjure la disminución de prerrogativas políticas y administrativas (voto, poder de convocatoria, facultades de impugnación, etc.) que subsigue a la falta de participación en cualquier aumento, sea gratuito u oneroso. Este dato, sistemáticamente omitido, tiene extraordinaria importancia y debe ser adecuadamente subrayado, sobre todo porque, como es bien sabido, además, en las sociedades con capital disperso esos derechos políticos, normalmente pasivos y abdicados, pueden llegar a cobrar un valor patrimonial específico como consecuencia de operaciones de cambio de control, las cuales están sometidas en las sociedades cotizadas a un procedimiento de OPAS imperativas que no rige precisamente para las compañías no admitidas a cotización. Y sucede también por otro lado, y en segundo lugar, que puestos a buscar diferencias entre sociedades abiertas y cerradas, tampoco es verdad que lo que no vale para las familiares valga en cambio para las cotizadas, por las razones que VELASCO SAN PEDRO alega, aunque puede tener algún sentido por motivos distintos y contrarios ya que resulta sin duda más cierto que es precisamente en esas sociedades anónimas bursátiles donde prácticamente carece de sentido tras la reforma de la LSA la previsión de un mecanismo de circulación para el derecho de asignación gratuita. Lo estimo así porque, al venir representadas las acciones cotizadas en Anotaciones en Cuenta, el traspaso de las que traducen la capitalización de las reservas puede hacerse de manera prácticamente instantánea en favor de los socios con la simple notificación de las nuevas Referencias de Registro; y de este modo, la significación automática y puramente contable de este tipo de aumentos de capital y la posibilidad de cesión directa e inmediata de las nuevas acciones, sin necesidad de apoyarse para ello en instrumentos jurídicos subrogados e interinos, llevaría a plantear la cuestión de manera precisa-

mente contraria a la que parece patrocinar VELASCO SAN PEDRO, convirtiendo también, y a la postre, todas las disquisiciones ensayadas v.g. por PAZ-ARES para negar el efecto automático de la capitalización en un puro ejercicio manirista de carácter dogmático en el sentido menos noble del término. Luego volveré un poco más sobre este asunto.

Pero pasando a referirnos, en fin, al aspecto más relevante de la cuestión —elemento importantísimo que la jurisprudencia y las doctrinas comentadas ignoran— habrá que advertir, de una vez por todas, que los aumentos de capital realizados con medios propios (esto es, capitalizando reservas y demás recursos disponibles, ya existentes de antemano en el patrimonio social) carecen completamente de función productiva, o, mejor dicho, son aumentos puramente formales que no añaden nada al fondo de producción de la sociedad, puesto que aun sin capitalizar tales recursos la compañía puede disponer de ellos para el desenvolvimiento de la actividad empresarial que constituye su objeto. Vistas las cosas de ese modo, es manifiesto que la sociedad que necesite nuevos elementos para su desenvolvimiento nunca los conseguirá convirtiendo las reservas en capital, de suerte que la transformación de aquellos valores patrimoniales supone únicamente la ampliación de la cifra estatutaria de garantía respecto de terceros, si la operación se mira desde el ángulo de la protección de los acreedores, y constituye una nueva representación (total o parcial) en términos de capital de la cuota de participación que ya ostentaban dentro de la sociedad todos y cada uno de los accionistas, si preferimos mirar esa misma operación desde la perspectiva de los intereses del socio. Pues bien, centrándonos exclusivamente ahora en este segundo plano de tratamiento, que es el de las relaciones socio-sociedad, el recuerdo de las ideas anteriores puede ayudarnos a establecer más sólidamente algunas premisas, cuyo adecuado entendimiento creo que permitirá desvanecer asimismo algunos de los malentendidos en que incurren las posiciones que se comentan. Veamos ahora, por lo tanto, un poco más, lo que bien podríamos llamar

4. Recordatorio general sobre reservas disponibles

La primera de esas premisas se refiere a la caracterización, titularidad y órganos sociales competentes para decidir sobre las reservas y la segunda a las consecuencias y régimen de las diferentes opciones que pueden materializar aquella disposición. En ese doble contexto habrá que ver finalmente si queda algún espacio para que la sociedad module a su conveniencia, por procedimientos corporativos o mayoritarios (y, por tanto, al margen del consentimiento singular de cada uno de los accionistas), la articulación jurídica de un aumento en el que bajo cualquier concepto medie capitalización de fondos propios.

Hace ya más de veinte años, cuando todavía disponía de tiempo para leer esos libros de economía de la empresa que algunos descubren ahora con notorio deslumbramiento, tuve ocasión de llamar la atención, en una modestísima contribución, publicada en el Libro Homenaje al Prof. GARRIGUES, sobre la permanente tensión dialéctica que media entre la sociedad y sus accionistas a la hora de proceder a la distribución del beneficio. Esquemáticamente presentado, ese conflicto enfrenta normalmente a los administradores, interesados en una retención de ganancias lo más elevada posible para financiar el crecimiento y expansión de la sociedad, y a los accionistas, que mantienen el interés opuesto en favor de un substancioso reparto de dividendos que rentabilice al máximo el riesgo que corre su aportación. En esa contraposición de intereses, la dotación de reservas constituye una detracción del beneficio que aminora la retribución del socio y que exige consiguientemente el explícito pronunciamiento de la Junta General. Las reservas así constituidas, digámoslo rotundamente, son de la sociedad que no de los socios. Mediante decisión de la Junta, éstos pueden acordar mayoritariamente inmovilizar en la sociedad unos recursos por los que en principio no percibirán retribución, pero que realmente no son tampoco —hablando con propiedad— una inversión forzosa.

No lo son, ya que ese mayor valor alcanzado por el patrimonio social como consecuencia de la dotación de reservas incrementa también el precio de sus acciones; y, de esta suerte, los socios podrán rescatar fácilmente con su venta (eventualmente sólo parcial), sobre todo, cuando dichas acciones están cotizadas, el incremento de capital que la retención de ganancias supone, sin menoscabar contemporáneamente lo que esa retención también implica de reforzamiento de los recursos propios. Si las reservas se nutren por decisión de la mayoría, parece lógico pensar asimismo que cualquier acto de disposición sobre las mismas constituye igualmente una competencia específica de la Junta General. En consecuencia, los administradores por sí solos no pueden desafectarlas para dedicar esos fondos a atenciones específicas y tampoco están habilitados —ni siquiera por delegación— para acordar su capitalización; y en este segundo aspecto bastaría recordar que la institución del llamado “capital autorizado” exige necesariamente la cobertura del aumento mediante aportaciones dinerarias *stricto sensu* (argumento ex art. 153.1.b, *in fine*), exigencia que no logrará satisfacer nunca la transformación de una cuenta de reservas cuyo contravalor en el activo puede estar diseminado entre todo el patrimonio social.

Este último dato explica también la idea antes mencionada de la contribución de las reservas a la función productiva de la sociedad, sin necesidad de proceder formalmente a otorgarles destinos operativos ni tampoco de transformarlas en capital social. Así pues, la disposición ulterior de las reservas reflejadas en el balance, naturalmente mediante la oportuna decisión de la Junta, se orientará normalmente a una de estas dos cosas: o bien se destinarán al reparto entre los socios, para asegurar la distribución de dividendos cuando no es posible pagarlos ni con las ganancias del ejercicio ni mediante distribución de beneficios atípicos (esto es, plusvalías o reservas ocultas que al materializarse pasarán a lucir como tales en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias), o bien las

reservas se capitalizarán, aumentando así en la medida correspondiente la cifra estatutaria de garantía. Dejando a un lado otros objetivos posibles, como la compra o rescate de acciones propias, éstos son los dos actos de disposición más típicos sobre las reservas libres; y en ambos casos las reservas distribuidas o capitalizadas —que no nos cansaremos de insistir son cosas distintas— dejan de estar bajo la titularidad de la sociedad y pasan a ser propiedad exclusiva de los socios. En el primer caso en forma de dividendos, que, procedentes del patrimonio acumulado —que no del beneficio corriente— depreciarán el valor real de la acción; en el segundo en forma de nuevo capital que mantiene aquel mismo valor, reflejándolo formalmente en un nominal más alto o en un número mayor de acciones. En este último supuesto, además, aquella suerte de inversión suplementaria que el socio mantenía en la sociedad por su participación en las reservas, pasa a ser una inversión retribuida, teóricamente al menos, aunque la ya mencionada ausencia de función productiva de este tipo de aumento (que, sobre no añadir nuevos recursos a la sociedad obligará a dotar suplementariamente en idéntica proporción la llamada reserva legal), permite dudar de la capacidad de esa capitalización para generar una superior tasa de retorno con los mismos recursos, salvo que éstos no hayan alcanzado todavía su rentabilidad óptima. Habrá que considerar pues los supuestos de

165

5. Capitalización pura, aumento mixto y técnicas de protección correspondientes

Si esta última posibilidad concurre, y la sociedad puede retribuir fácilmente el nuevo capital, transformar las reservas es una buena política para compensar la fidelidad de los socios y hacerlos partícipes del crecimiento de la compañía. Si tal posibilidad no existiera es lógico suponer que la socie-

dad preferirá más bien utilizar las reservas sin capitalizarlas que proceder a un aumento gratuito. Puesto que ese uso alternativo (sin los efectos perturbadores añadidos que supone la capitalización) siempre está en mano de la compañía, parece bastante claro que, si no obstante ese significado financiero superfluo de la capitalización desde el punto de vista productivo, la sociedad decidiera transformar las reservas en capital —mediante una operación que para ella será como mucho indiferente (cuando no inconveniente por los costes suplementarios que comporta en cuanto a compromisos de dotación de la reserva legal y de mayor rentabilidad para retribuir un número superior de acciones)— es porque trata de conseguir uno de estos dos fines, a saber: el muy legítimo de hacer coincidir o aproximar capital y patrimonio, ofreciendo contemporáneamente a sus accionistas la adecuada traducción de sus derechos latentes sobre unas reservas que, no obstante esa presencia en la contabilidad de los fondos que las nutren, no logran persuadir al mercado de que debe incrementar la cotización bursátil de la compañía; o puede perseguir también el objetivo más discutible de colaborar a la viabilidad de un aumento oneroso, siempre difícil de colocar en sociedades que cotizan bajo la par y que presentan en consecuencia derechos de suscripción carentes de valor de mercado o con precio teórico negativo, derechos cuya negociabilidad trata de asegurarse entonces proporcionándoles una cotización derivada de la transfusión del componente gratuito con la parte onerosa de la ampliación. Esto es lo que ahora ha venido a denominarse el efecto *tying* o más erróneamente por la sentencia mencionada efecto de “apalancamiento” que en realidad lleva a diseñar la operación como un aumento mixto, porque si fuera sólo oneroso el desembolso necesario para pagar el nominal de una acción que nacerá con valor inferior al de mercado hace inviable la operación, en la medida que cualquier persona preferirá comprar directamente acciones viejas. No sólo porque están más baratas en el mercado, sino también porque no obligan a esperar a su entrada

en cotización para disfrutar los derechos (políticos y económicos) que puedan llegar a corresponderles.

Lo que sucede es que con tal diseño mixto, y la canonización contemporánea del efecto mencionado, algunos autores parecen considerar suficientemente legitimada asimismo la modificación de las técnicas de protección; y así el derecho de asignación gratuita del socio desaparece y viene a ser sustituido por un mero derecho de suscripción que, como enseña veremos, tiene muy distinto contenido, ya que otorga una simple preferencia por concurrir al aumento pagando el precio de emisión. Derecho de suscripción que presenta además el conocido inconveniente de que su falta de ejercicio supone renunciar definitivamente a la integridad de una cuota, o participación social, que el llamado de asignación gratuita asegura siempre por lo que realmente valga, tanto en el plano patrimonial como en el administrativo (aunque en los casos ahora considerados ese valor pueda no ser muy grande). Espero que se me aceptará, por consiguiente, que me resista a admitir la equivalencia en cuanto a la posición jurídica del socio, según éste disfrute de uno u otro derecho y que no me decida tampoco a compartir la idea de que la licitud de la operación queda suficientemente garantizada —como pretende el Prof. PAZ-ARES— sustituyendo aquella “protección real” (asignación directa de la parte del capital correspondiente a la transformación de las reservas) por otra bastante más débil que el mismo autor califica expresivamente de “protección indirecta del valor”. No es fácil aceptar tales planteamientos, en primer lugar, porque, como vamos a ver, esa tutela indirecta no tiene ni mucho menos el mismo alcance y contenido que aquella otra protección real que menciona la Ley, mientras que, dicho sea de paso, tal protección indirecta alternativa carece además de base positiva en nuestro ordenamiento. No podemos aceptarla tampoco, y en segundo término, porque dicha alternativa no positivizada, ni en la Ley española ni en ninguna otra que sepamos (puesto que el único ejemplo que al respecto ofrece

el Derecho comparado por conducto del ordenamiento alemán mantiene la solución contraria, imponiendo la capitalización de las reservas antes del aumento oneroso), supondría, para decirlo en términos técnicos, que un mismo fenómeno económico y jurídico puede dar lugar a la aplicación de un régimen y ordenación diferente a conveniencia de la sociedad, según la capitalización se acuerde en forma pura o en una combinación perfectamente caprichosa, de la que aportaré sólo un ejemplo tópico, pero que obliga a meditar, porque también en este punto existe nueva jurisprudencia peligrosa. Recordemos a este respecto que en los procesos de adaptación al nuevo capital mínimo la DGRN ha sostenido recientemente que si el valor del capital antiguo cubre el 25% de la acción, aunque se deje, para su reclamación ulterior como dividendos pasivos, la aportación del 75% restante, la adaptación a la Ley está completa. ¿Se imaginan Vds. aplicar ese mismo criterio a un aumento mixto en el que las reservas nutran ese 25% y la parte onerosa se aplace *sine die*? ¿Es justo sustituir en este caso la entrega directa de las nuevas acciones por una simple preferencia para suscribir, asumiendo una deuda incierta o desproporcionada, cuando la sociedad claramente no necesita incorporar de momento nuevo dinero fresco a sus arcas? Pero no distraigamos ahora la atención de lo principal, porque todavía debemos añadir que no podemos aceptar, en fin, la alternativa que propone PAZ-ARES porque en los casos en que este desembolso se exige de inmediato, que será la hipótesis normal, el referido diseño de una ampliación mixta viene a introducir un factor de coacción que, a nuestro juicio, no se conjura afirmando, como sostiene dicho autor, que tal combinación sólo “fuerza ‘suavemente’ (según sus palabras) a la realización de nuevos desembolsos”. Habrá, pues, que ir analizando por su orden estos puntos de discrepancia, empezando por el

6. Diferente alcance de esas técnicas de protección

La presunta equivalencia de las alternativas se glosa por PAZ-ARES con un ejemplo que si fuera exacto hemos de suponer que apoyaría asimismo la solución contraria, con lo cual ya queda suficientemente relativizado su alcance. Porque, si todo es lo mismo y si los resultados son equivalentes, ¿por qué preferir cualquiera de los dos términos? ¿Cuál será entonces la razón para patrocinar exclusivamente alguno de esos caminos? Ya sé que éste es un argumento retórico, pero no viene mal recordarlo para ponderar la aparatosidad de la presunta inevitabilidad del efecto *tying*. El ejemplo en cuestión es el siguiente: Imaginemos una sociedad con un capital de 100 ptas. repartido entre cuatro socios a partes iguales y reservas por valor de 300, de modo que la cuota de participación de cada uno de los accionistas es de 100 ptas. en valores reales. Con el voto de tres de los socios se decide aumentar el capital mediante nuevas aportaciones por otras 100 ptas. más, emitiendo las acciones a su valor nominal, acuerdo mayoritario que el cuarto socio, aunque sea disconforme, tiene obviamente que soportar. La pregunta que PAZ-ARES se hace entonces es ésta: ¿por qué va a ser diferente la solución jurídica si la misma sociedad decidiera aumentar el capital en 200, la mitad con cargo a nuevas aportaciones y la otra mitad con cargo a reservas, emitiendo esta vez las acciones por la mitad de su valor nominal, si como dice la doctrina económica ambas operaciones son iguales?

A nuestro juicio, efectivamente no es dudoso que el desenlace de la operación, en términos numéricos, será el mismo para la sociedad. Pero lo que ya no vemos tan claro es la equivalencia jurídica para los socios. En el plano patrimonial hemos de convenir que, si el mercado funcionara de modo eficiente, el valor del derecho de suscripción (que no el de asignación gratuita por lo que enseguida diremos) habría de ser el mismo. Pero las cosas se presentan de muy diferente forma si analizamos la cuestión en el plano de las

facultades administrativas de los accionistas. Porque donde de manera más clara se percibe la falta de equivalencia de las alternativas y el carácter no suavemente coactivo, sino derechamente expropriatorio, del aumento mixto es en relación con el derecho de voto. Es cosa sabida, en efecto, que el de suscripción sólo protege el voto cuando la preferencia se ejercita, pero nunca cuando se vende; de suerte que sin la realización del desembolso exigido el voto se pierde sin compensación suficiente. Puesto que el valor económico del derecho de suscripción sólo logra traducir el efecto de la dilución patrimonial que subsigue al aumento, pero no compensa nunca la pérdida de influencia societaria que acompaña a esa disminución de poder de voto, a efectos de valor de mercado, bien puede decirse que este derecho político es un activo intangible del que no da cuenta la cotización de las acciones ni de sus derechos y que sólo cobra contenido patrimonial cuando en ocasión de la búsqueda de grandes paquetes se organiza la subasta del control societario. Pues bien, que se pierda poder de voto en medida equivalente a la dilución que suponga la parte onerosa de una ampliación es ciertamente coherente con el significado de ese componente del aumento; pero que se pierda además por la parte correspondiente al componente gratuito es algo que requeriría probablemente de mejor explicación, ya que la esencia de la ampliación gratuita es que mantiene la integridad de la cuota sin generar alteración patrimonial ni administrativa alguna. Decir que en este último plano administrativo “no se suscitan tampoco mayores dificultades” y que “el derecho de suscripción preferente es, *en la valoración del legislador*, instrumento suficiente para que el socio, si lo desea, conserve en la sociedad el poder que ostentaba antes del aumento”, sobre no ser una afirmación intrínsecamente exacta, supone olvidar que esa presunta valoración legal viene derechamente desmentida por el régimen del aumento gratuito puro que, también en la construcción del legislador, nunca supone ese condicionamiento. A este respecto no es verdad como pretende

PAZ-ARES, “que el problema que suscitan los aumentos mixtos se proyecta sólo sobre el orden patrimonial y que es únicamente en ese plano donde el interés social no alcanza a justificar una constricción de la posición del socio”. Más exacto resulta decir, a nuestro juicio, que la apelación al interés social está fuera de lugar en un asunto que es básicamente un tema de protección de derechos individuales y que el problema de tales ampliaciones mixtas no excluye sino que abarca asimismo la esfera administrativa de la posición de accionista. Por lo tanto, bueno será ahora —dejando simplemente apuntada la falta de relevancia del interés social como factor legitimador de la licitud de la operación— tratar de demostrar que tampoco en el orden patrimonial el legislador se satisface con la tutela indirecta que pueda suponer el derecho de suscripción a la hora de disciplinar la capitalización de reservas. Entrando, pues, a considerar

171

7. El verdadero criterio de valoración según la Ley española

Sucede efectivamente que, aunque el derecho de voto es el que mejor demuestra la falta de equivalencia de ambas alternativas, no es esa diferencia la única que muestra el Derecho español; ni acaso la que de modo más claro orienta la búsqueda del verdadero criterio valorativo patrocinado por nuestro legislador. Este criterio, como ya se ha insinuado, consiste en atribuir la propiedad de las reservas capitalizadas exclusivamente a los socios, por la muy sólida y fundada razón que son ellos los únicos que con su previa inversión productiva, al hacer la correspondiente aportación social, corrieron el riesgo de empresa. En consecuencia, desde el momento que media el acuerdo de capitalización, la sociedad, esto es, la misma Junta, carece de competencia alguna para sustituir el destino que la Ley da a esos fondos, cuya atribución exclusiva a los socios constituye un derecho adquirido que, no estando condicionado siquiera a las exigencias del

interés social mucho menos puede venir supeditado al simple diseño del procedimiento de aumento. Si, como hemos dicho, al capitalizar las reservas éstas pasan *ex lege* al patrimonio del socio no estamos por tanto ante un asunto en el que pueda jugar el interés social; por lo que, a riesgo de ser reiterativos, hemos de repetir que estamos más bien ante una materia de interés individual de cada uno de los accionistas. Y quiero añadir que tal afirmación no la baso, como hace PAZ-ARES con la suya, en un ejercicio de construcción jurídica, sino en el más estricto respeto al tenor literal de los mandatos positivos. En este sentido, la sustitución del derecho de asignación gratuita en favor exclusivo del socio, protección directa que la Ley proclama, por lo que el autor llama “protección indirecta del valor”, y que articula en base a un derecho de contenido distinto como es el de suscripción preferente, conduce a lo que antes llamaba yo meter discretamente la mano en el bolsillo de los accionistas; porque, como es bien sabido, los socios vienen obligados *ministerio legis* a compartir su derecho de suscripción con los titulares de obligaciones convertibles, cosa que no sucede con el de asignación gratuita; y, por consiguiente, en los aumentos mixtos los obligacionistas convertibles tendrían acceso mediatamente (esto es, previo desembolso) no sólo a la parte onerosa sino efectivamente también a la parte proporcional de las reservas, si fuera cierto —cosa que nosotros nunca hemos admitido— que, como sucede en otros aumentos, la valoración del legislador se orienta precisamente a considerar protección bastante el derecho de suscripción preferente. Pero, por fortuna, no es éste el criterio de valoración de nuestro Derecho que ha excluido expresamente a los obligacionistas convertibles de ese acceso la capitalización de las reservas, relegando sus legítimos intereses a no experimentar la dilución patrimonial que puede sufrir su inversión tras la transformación de reservas en capital, mediante un mecanismo distinto del que protege a los socios. En este sentido los titulares de obligaciones convertibles no tienen otro derecho que el de exigir la

modificación de la relación de cambio, según el artículo 294 de la LSA, pero no pueden acceder a las nuevas acciones en los aumentos de capital con cargo a reservas. Por eso hemos usado deliberadamente antes expresiones tan contundentes y nos hemos atrevido a asegurar, no sólo que las reservas capitalizadas son exclusivamente de los socios, sino también a considerar como una especie de expropiación privada (*rectius* una suerte de requisa) la sustitución de aquel mecanismo de protección directa por esta otra falsa protección indirecta del valor, tutela vicaria que, al revés de lo que pretende PAZ-ARES, la Ley dicta inequívocamente para los titulares de convertibles, pero no para los socios. No puedo detenerme ahora en el análisis de otras diferencias (escasamente compatibles con el tenor y espíritu de la Ley) que esa sustitución de la asignación gratuita y directa por una simple preferencia para suscribir lleva consigo en otros territorios expresamente regulados también de manera distinta por nuestro legislador, como pueden ser v.g. aquéllos en que existen desmembraciones del dominio o derechos de garantía sobre las acciones. En tales supuestos la sustitución de las técnicas de protección pueden extender esa coacción suave que apologiza PAZ-ARES más allá del círculo de los socios y además en contra de terceros. Naturalmente estos planteamientos no suelen encontrarse en los libros de economía de la empresa. Pero nuestra doctrina y jurisprudencia harían bien en no olvidarlos. Lo mismo que deberían repasar su utillaje conceptual en orden al entendimiento de la

8. Carga de la suscripción y cobertura del aumento

A la postre sucede, pues, que las posturas criticadas hasta ahora no sólo se sustentan en la inadecuada transposición de unos conceptos económicos más simples a una esfera jurídica cuya ordenación aglutina criterios de valoración múltiples y más complicados. Acontece también que tales posturas deno-

tan desviaciones más graves, y alguna confusión respecto de temas de pura calificación jurídica. Dejando a un lado aquellas que los trabajos comentados no mencionan, como puede ser que las ampliaciones gratuitas (totales o parciales poco importa) no se suscriben —dicho sea en el sentido técnico que corresponde a ese término—, de suerte que en esa parte el aumento nunca puede resultar incompleto porque goza anticipadamente de cobertura (lo que excluye además cualquier competencia de los órganos sociales para adjudicar “sobrantes”), voy a limitarme de momento a aclarar alguna de esas confusiones que quizás me sea imputable. Como no todo va a ser criticar a los demás, permítanme hacer ahora un poco de autocrítica, al objeto de intentar conjurar para siempre los malentendidos que derivan de la substantivación de la figura conocida como derecho de asignación gratuita.

Poner nombre a las cosas parece que es ciertamente cometido divino y, acaso por ello, susceptible de conducir a equívocos cuando se ensaya por simples mortales. Yo lo hice al analizar los aumentos de capital con cargo a reservas, y, en mi monografía sobre el derecho de suscripción, me atreví a calificar como un derecho de asignación gratuita esa facultad exclusiva del socio a recibir la expansión de capital que en términos de valor nominal o de número de títulos experimentan sus acciones tras las ampliaciones con cargo a reservas. Pero peor aún que la temeridad de los bautizos puede ser el sacramento de la confirmación. En este sentido, el legislador español de 1989 ratificó el nombre que yo había dado a aquella facultad, entremezclándola colateralmente con el derecho de suscripción preferente, y sugiriendo así una comunidad de naturaleza que, bien miradas las cosas, en nuestro asunto brilla precisamente por su ausencia, al margen de la condición de derechos circulantes que ambas facultades comparten y que, como he dicho, hoy resulta prácticamente innecesaria para el de asignación gratuita. Tanto me preocupó el éxito de la nomenclatura y su inclusión en el texto positivo de la Ley que, en el Libro Homenaje al Prof. GIRÓN TENA, me apresuré

a marcar las diferencias entre esas dos prerrogativas, que, aun participando de una función común en orden al respeto a la integridad de la cuota de participación del accionista, ni protegen ésta con la misma intensidad ni tampoco de la misma manera. Y así, frente a los principios de onerosidad, necesidad de la declaración de la voluntad de suscribir y caducidad de la preferencia por falta de ejercicio en tiempo útil, que caracterizan al derecho de suscripción, el de asignación se rige por principios contrarios que impiden su decadencia y prescripción, configurándolo como un derecho exclusivo y gratuito de funcionamiento automático. Ya he dicho antes que pretender negar este automatismo en base a un carácter circulante discutible del derecho de asignación, obligando a esperar al cierre del período de suscripción para asignar las nuevas acciones, me parece una aproximación incorrecta, tanto más cuanto que para ello el Prof. PAZ-ARES mezcla, una vez más sin cuidado suficiente, conceptos heterogéneos. Para el autor referido ese carácter negociable no sólo excluye el automatismo de la ampliación por razones temporales derivadas de la necesidad de esperar al cierre del período de ejecución del aumento sino que, a su juicio, desvanece también la nota de gratuidad del derecho de asignación al someterlo a la “carga de la suscripción”. Pero la verdad es que la onerosidad diferencial que, frente al derecho de asignación gratuita, presenta el de suscripción preferente no se satisface con el presunto sometimiento a formular una declaración de suscribir, por supuesto innecesaria al capitalizar reservas, sino que esta declaración de voluntad viene más bien requerida en los aumentos onerosos como compromiso de asumir el desembolso exigido para participar en la operación. Y, precisamente porque en los gratuitos la cobertura ya obra en poder de la compañía, la sociedad puede asignar directamente las acciones en esos aumentos a favor de su titular, que simplemente será un titular indeterminado (pero que no padece carga alguna ni nunca se verá obligado a desembolsar su importe) por más que el derecho de asignación circule.

9. De nuevo sobre el contenido y régimen del derecho de asignación

176

Pues bien, dando ahora un paso más en la calificación conceptual de la figura, y en la identificación de su verdadera naturaleza jurídica, debo añadir que el contenido del derecho de asignación gratuita no es otro que el derecho *a*, o si se prefiere, el derecho *sobre* las acciones mismas nacidas del aumento. Es pues una suerte de *ius ad rem*, esto es, una especie de potestad por la que se reconoce al socio una pretensión reivindicatoria de la propiedad de esas acciones, que constituye un fenómeno jurídico bastante distinto al que puede suponer el simple derecho preferente a devenir propietario (y además contra pago) de algo que todavía no se tiene. En este sentido se podría añadir, si quisiera entenderse debidamente el significado de los términos, que el de asignación es un derecho ostentado en mayor grado *quod ad dominium* que no *quod ad societatem* y en este aspecto no tenía tampoco demasiado sentido mantenerlo en el precepto definitorio de los derechos de accionista, donde la Ley enuncia los propios del socio de una anónima. Lo recuerdo ahora porque su desaparición del catálogo de derechos esenciales contenido en el art. 48 de LSA se interpreta por PAZ-ARES como un indicio de la degradación de su régimen en la nueva Ley, esto es, como si pudiera ser suprimido por la Junta, cuando es más cierto que, a diferencia una vez más de lo que sucede con el derecho de suscripción, el de asignación gratuita no puede ser excluido por la asamblea. Cuando se miran las cosas de este modo, la superposición al derecho de asignación de un carácter negociable no sólo contrasta, en las sociedades cotizadas, con la posibilidad de adjudicación prácticamente instantánea de las acciones a su propietario a través de las nuevas Referencias del Registro de Anotaciones que gestiona el SCL, sino que, tanto en esas sociedades como en las que no cotizan, tal circulación interina entra en contradicción con la norma que prohíbe la entrega y, sobre

todo, transmisión de las acciones antes de la inscripción (art. 62). Al derogarse este criterio básico de nuestra Ley, mediante el explícito reconocimiento de la facultad de transmitir las acciones —que eso es, insistimos, lo único que significa el traspaso de los derechos de asignación que asisten al cedente—, bien podemos asegurar que si algo ha hecho la Ley española reformada es precisamente acentuar (que no negar) aquel automatismo de la capitalización; y por cierto de manera seguramente innecesaria y parcialmente contradictoria con otros textos, dando por supuesto que esas acciones procedentes de la capitalización de reservas no precisan para entrar en posesión del socio, ni tampoco para ser transmitidas mayores formalidades.

Recuerdo todas estas cosas para que se adviertan, una vez más, las desviaciones en que puede incurrirse cuando, deslumbrado por una equivalencia económica, se pasa por encima de los textos y los conceptos jurídicos. En esa misma línea, llama la atención que alguno de los trabajos comentados silencie la interpretación histórica y finalista que hace muy poco tiempo intenté proporcionar del régimen del derecho de asignación tras la reforma en el mismo Libro-Homenaje a Girón. Trato de referirme ahora, y sobre todo, a la desaparición del inciso que redondeaba la construcción del aumento con cargo a reservas en el artículo 94 de la Ley derogada, cuando imponía la entrega de las nuevas acciones a los socios “sin exigirles desembolso alguno”. El estudio del proceso legislativo no aporta elementos de convicción para entender que la desaparición de esa frase deba interpretarse en el sentido de que el legislador haya pretendido con su omisión canonizar el efecto *tying* y, con él, la degradación que ese fenómeno supone de la condición de propietario de los recursos capitalizados que asiste por esencia al accionista. Pero, por si alguien mantiene alguna duda, todavía voy a tratar de apoyar esta solución en el propio terreno gramatical. Porque, si queremos resolver el tema únicamente con herramientas interpretativas de ese tipo, es manifiesto que entre el

silencio de la Ley y una declaración expresa, la hermenéutica literal tiene que preferir siempre la segunda. Pues bien, frente a la omisión del viejo inciso —que no sabemos si fue deliberado o inadvertido— la Ley actual utiliza una expresión inequívoca y de idéntico contenido semántico cuando califica la asignación —y, por cierto bien explícitamente— de *gratuita*; lo que conduce a una interpretación literal asimismo idéntica a la que, bajo el imperio de la Ley anterior, proporcionaba el texto derogado.

Prosiguiendo la exégesis de textos por esos derroteros gramaticales, es necesario advertir que tampoco la interpretación del artículo 152, 2.º de la Ley nueva conduce al resultado pretendido por PAZ-ARES, sino todo lo contrario. Como se recordará, ese texto dice que cuando el aumento se realice por elevación del nominal de las acciones “será preciso el consentimiento de todos los accionistas, salvo en el caso que se haga íntegramente con cargo a reservas” de lo que deduce nuestro autor que el aumento mixto es posible. A nuestro juicio, sin embargo, ese texto no pretendía tomar postura acerca de la licitud de esta combinación, por otro lado nunca discutida en la doctrina española; intentaba aclarar tan sólo un problema que yo mismo había planteado al estudiar el funcionamiento del aumento oneroso, como es la solución que debe darse al supuesto en que el socio no quiera suscribir ampliaciones contra desembolso, cuando vayan a reflejarse precisamente en un aumento del nominal de las acciones antiguas. La solución tradicional de la doctrina española era exigir la unanimidad; y esto mismo es todo y lo único que proclama el nuevo texto. El legislador ha querido solucionar, pues, un problema del aumento oneroso sin innovar el régimen del gratuito, que, como sabemos, puede acordarse por mayoría precisamente en la medida que obliga a asignar directamente la expansión del valor nominal al propio titular de las acciones antiguas; y por eso la lógica consecuencia, también literal, de dicho artículo 152 será que si la ampliación es mixta no cabrá ni siquiera esa “coacción suave” que

patrocina nuestra doctrina más reciente, sino que la elevación del nominal en esa modalidad de aumento mixto exigirá precisamente la unanimidad. Y siendo esto así en una de las formas en que puede llegar a materializarse una ampliación mixta, la solución no puede ser distinta si el procedimiento seguido para realizarla fuera el de emitir nuevas acciones. Porque, al margen de ese procedimiento de ejecución, que es asunto adjetivo, los efectos substanciales de la operación no cambian de naturaleza por seguir un camino u otro a la hora de materializar la forma del aumento.

10. Conclusiones y algo acerca de la tipología y clasificación de los aumentos mixtos

Llegamos así a lo que —en nuestra opinión— es el argumento medular de las posturas que defienden un replanteamiento del régimen de las ampliaciones mixtas, confiándolo exclusivamente al funcionamiento ordinario del derecho de suscripción. Tal argumento es de naturaleza apodíctica y puede sintetizarse en dos afirmaciones: la primera es que toda la doctrina reconoce en abstracto la licitud de la referida combinación. Como lo que es lícito puede hacerse y la única manera de hacerlo es admitiendo el llamado efecto *tying*, la conclusión —se nos dirá— no puede ser otra que admitir la operación en esos términos, ya que de otro modo no podría realizarse y debería ser prohibida. A nadie se le oculta, naturalmente, que las argumentaciones apodícticas, como el dogma de la Inmaculada —dicho sea con el máximo respeto—, son difíciles de refutar salvo con argumentos de su misma clase. Y en nuestro caso el aplicable sería, más o menos, como sigue: si no hay razones substantivas para admitir las consecuencias desfavorables que el mencionado efecto expropiatorio supone para el socio y sucede más bien que el reconocimiento de tal efecto anómalo, como antes anticipamos, somete a diferente régimen la transformación de reser-

vas en capital según la capitalización sea pura o venga acompañada de diferentes componentes, tal diferencia de régimen debería haber sido declarada expresamente por la Ley para resultar autorizada. Estaríamos entonces ante una solución legal, seguramente discutible, pero que se habría convertido entonces en regla positiva indubitada, dando razón a los teóricos del parlamentarismo inglés cuando sostenían que los representantes del pueblo soberano pueden hacer cualquier cosa, excepto transformar un hombre en mujer. Hoy ni esto es una dificultad insuperable, dados los avances de la medicina y cirugía; y a lo mejor resulta que el progreso del Derecho permite también articular una suerte de expropiación privada bajo el dudoso justiprecio de sustituir la asignación gratuita de las nuevas acciones por un derecho a desembolsar más capital, que es lo que reconoce y significa el de suscripción. Pero nosotros no creemos que la reforma de 1989 haya establecido esa solución y lo único que vemos paladinamente claro es que el legislador español ni ha autorizado el efecto *tying* ni tampoco se ha decidido a prohibir la combinación de componentes gratuitos y onerosos en un aumento. Proceder bastante prudente que puede tener su razón de ser, por más que —como acabamos de apuntar— la exigencia de unanimidad explícitamente exigida para llevar a cabo la operación si se realiza mediante simple elevación del valor nominal de las acciones está más cerca de una prohibición en sentido estricto que de la autorización positiva del efecto *tying*.

En ese contexto, la interpretación más segura —y proporcionar seguridad, que no otra cosa, es el cometido que corresponde a la doctrina— sólo autoriza a decir lo mismo que la mayoritaria venía patrocinando con anterioridad, a saber, que la operación no es ilícita *per se* y, por tanto, si respeta debidamente los principios reguladores de cada pieza del *puzzle*, podrá hacerse legítimamente. En otro caso, no hay inconveniente en reconocer (y hasta en patrocinar) que no puede hacerse. Circunstancia que, adviértase bien, no exige proclamar una prohibición explícita, ya que el legisla-

dor no pretende impedir (ni debe hacerlo) la existencia de diseños corporativos que, con respeto a las reglas que deben presidir una combinación negocial que asocia componentes de significación dual, permita la realización de fines sociales sin detrimento del respeto a los derechos individuales de los socios. Alguno de los ejemplos recogidos en el trabajo de PAZ-ARES y calificados allí como aumentos dobles o escalonados podría cumplir perfectamente esa condición. Otros, como el que el mismo autor recoge al final de su trabajo (cuando se refiere a la anteposición del aumento oneroso para disfrutar luego la misma cuota en el gratuito), ya tuvimos ocasión de plantearlo con recelo hace más de veinte años. Pero no está de más recordar ahora que esos diseños pueden ser otros y muy numerosos; porque tanto si el aumento se configura como mixto, como si se concibe como un mero aumento escalonado (en la terminología de PAZ-ARES), lo que importa —hablando, claro está, jurídicamente, que no económicamente— no es tanto la pureza de la taxonomía clasificatoria como identificar si la ampliación va acompañada o no de efecto expropiatorio para los socios. Se nos perdonará por ello que nosotros no entremos a juzgar ahora la validez o inoportunidad de aquella clasificación tipológico-doctrinal que el mismo autor propone para los aumentos sólo parcialmente gratuitos, tratando de diferenciarlos en ampliaciones mixtas *stricto sensu* y ampliaciones dobles o escalonadas. No vamos a entrar a discutir tal clasificación, amparándonos por una vez en la autoridad del poeta, que en este caso nos trae a la memoria las prevenciones de Fernando Pessoa frente a los “clasificadores de cosas inclasificables”. Muchas gracias por su amabilidad y su presencia.

**LA COLABORACION
NOTARIAL Y REGISTRAL COMO GARANTIA
DE SEGURIDAD JURIDICA**

JOSÉ ANTONIO RIERA ÁLVAREZ

Notario

185

SUMARIO: **I.** SEGURIDAD JURÍDICA Y FUNCIÓN CAUTELAR.
II. EL R. D. 1158/1992, DE 18 DE DICIEMBRE. **1.** Preámbulo.
2. El deber de información. **a)** *Deber de información y excepciones.* **b)** *Personas obligadas a recabar la información.* **c)** *Medios de publicidad.* **d)** *Plazos.* **e)** *La advertencia final.* **3.** La rápida presentación y la prioridad registral. **a)** *Introducción.* **b)** *Diversas teorías formuladas.* **c)** *Soluciones aportadas por el Real Decreto.* **III.** CONCLUSIONES. ANEXO.

I. Seguridad jurídica y función cautelar

Porque la idea de seguridad jurídica surge en el Derecho privado, han sido las relaciones jurídicas entre los particulares las que han percibido originariamente su importancia (1).

Si consideramos, además, que las instituciones notarial y registral, tradicionalmente encargadas de la función cautelar o preventiva en la aplicación del Derecho privado, deben su organización actual a leyes que datan del siglo pasado, puede concluirse que la seguridad ha sido un valor tradicionalmente observado en las relaciones jurídico privadas.

Sin embargo, ha sido recientemente cuando la seguridad jurídica se ha convertido en un valor altamente cotizado, exportable a los más variados ámbitos de las relaciones sociales. Varios factores, que no son del caso analizar, han influido para que así sea. Baste señalar que, por un lado, la mayor complejidad actual de las relaciones socioeconómicas y el armazón jurídico que las reviste dificultan su comprensión y favorecen los fraudes, cuya repercusión es enorme por la contratación en masa a que se ve avocada una gran parte de la población. Por otro lado, no es de extrañar que la seguridad jurídica sea considerada actualmente prioritario objetivo a lograr en nuestra sociedad occidental, ocupada en tiempos no muy lejanos en alcanzar un sistema estable, libre y pacífico de convivencia. Garantizado ese mínimo imprescindible, resulta lógico que se trate actualmente de potenciar esos otros valores que refuercen el sistema social, eliminen conflictos y hagan fluidas y menos onerosas para los Estados las relaciones jurídico privadas, favoreciendo, en definitiva, la paz social. Este es el caso de la seguridad jurídica,

(1) En el trabajo "La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho", en *Seminario sobre Seguridad Jurídica* organizado por el Consejo General del Notariado y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, publicación de 1989, pág. 20, GREGORIO PECES-BARBA destaca cómo "... Hasta el siglo XVIII el Derecho era fundamentalmente Derecho privado con una función garantizadora de esa autonomía y libertad para obligarse y contratar... (por lo que) Las instituciones del Derecho privado vinculadas a la seguridad jurídica arrancarían de aquel tiempo...".

hasta ahora aplicada y actuada calladamente, hoy estudiada y en boca de todos, afortunadamente (2).

Sean unos u otros los factores más influyentes en este fenómeno, lo cierto es que la seguridad jurídica es reconocida en nuestro Derecho como uno de los principios fundamentales en que ha de inspirarse nuestro ordenamiento jurídico.

Corroborar lo dicho el Preámbulo de la Constitución Española cuando nos dice que “La Nación española deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad...”; en el mismo sentido, el artículo 9 señala que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (3).

187

(2) Buena prueba de la actual importancia reconocida a la seguridad jurídica son los numerosos trabajos publicados en los últimos años, de entre los que se pueden citar: “El Notario y los fines del Derecho”, de FRANCISCO CUENCA ANAYA; “El documento notarial y la seguridad jurídica”, de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS; “La función notarial y la seguridad jurídica”, de JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO; “La publicidad como instrumento de la seguridad jurídica”, de JOAQUÍN LANZAS GALVACHE; “La jurisdicción voluntaria y sus relaciones con la función notarial”, de VICENTE FONT BOIX. Todas las citadas están contenidas en el libro *La Seguridad Jurídica y el Notariado*, Academia Sevillana del Notariado, de la Editorial Revista de Derecho Privado, año 1986. “La forma garantía del contrato”, de JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, Academia Sevillana del Notariado, EDERSA, Tomo V, págs. 237 y ss. “El consumidor de bienes inmuebles”, de FRANCISCO CUENCA ANAYA, Academia Sevillana del Notariado, EDERSA, Tomo VI, págs. 11 y ss. “Función Notarial y defensa de los consumidores”, de FRANCISCO CUENCA ANAYA, Academia Sevillana del Notariado, EDERSA, Tomo IV, págs. 11 y ss.

(3) En su trabajo “La Seguridad Jurídica en la Constitución Española y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, página 48 del libro *Seminario sobre Seguridad Jurídica*, ya citado en la nota 1, dice AROZAMENA SIERRA lo siguiente: “... La dicción última del art. 9.3 (mención a los poderes públicos) ha podido llevar, en una interpretación que no comparto, a referir los principios constitucionalizados en aquel precepto (entre ellos el de seguridad jurídica) sólo a los poderes públicos. Se ha dicho en alguna ocasión (así Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo); los principios del art. 9.3 son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador. No sería correcto con indicados argumentos (el del texto de la ley y la invocación de la mencionada sentencia) afirmar la exclusión de la aplicación directa del principio de seguridad jurídica a las relaciones entre particulares...”.

Reconocida, pues, la seguridad jurídica como fundamental valor inspirador de nuestro ordenamiento, no es de extrañar que el desarrollo legislativo posconstitucional se haya preocupado de hacerla efectiva. De entre las medidas adoptadas, interesa destacar en este trabajo una serie de ellas que podrían considerarse menores o meramente prácticas —aunque no por ello poco importantes— ya que van dirigidas a regular sectores muy concretos de la actividad jurídica —fundamentalmente notarial y registral—, y porque lejos de formulaciones abstractas y generales se ocupan de aspectos de la práctica cotidiana de ambas profesiones (4). Por recientes, pueden destacarse, entre otras, las siguientes: R.D. 430/1990, de 30 de marzo, sobre modificación del Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia; modificación del artículo 241 del Reglamento Notarial sobre el sello o pliego que se agregue a la copia para la consignación de notas por los Registros y Oficinas públicas (R.D. 1597/1989, de 29 de diciembre, aprobatorio del Reglamento del Registro Mercantil); papel para uso exclusivo notarial, etc.

A este grupo pertenece el Real Decreto que nos ocupa. Nos hallamos ante una disposición de orden menor que

Concluye el citado autor señalando que la seguridad jurídica, además de operar en el ámbito de la creación del Derecho objetivo, es también beligerante en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, en el tráfico jurídico.

En su trabajo "Registro y Seguridad Jurídica", págs. 192 y 193 del libro citado, PAU PEDRÓN, luego de destacar que la seguridad jurídica de los derechos subjetivos se obtiene con la intervención de Notarios, Registradores y Jueces actuando en jurisdicción voluntaria, parece inclinarse por la interpretación contraria a que aludía AROZAMENA, pues refiriéndose al artículo 9.3 dice que "... la Constitución está aludiendo aquí a la seguridad relativa al Derecho objetivo, y no a la que recae sobre los derechos subjetivos. Para encontrar el reconocimiento constitucional de esta última hay que acudir a las referencias individualizadas a cada uno de los mecanismos de garantía de los derechos: documentos públicos, Registros, jurisdicción".

(4) En este sentido, es aleccionadora la explicación dada por MEZQUITA DEL CACHO cuando dice que la Justicia se proyecta "en dirección vertical hacia el supremo ideal", mientras que la Seguridad lo hace "horizontalmente, al ras de la cruda realidad". Véase su trabajo "La Función Notarial y la Seguridad Jurídica", en la obra *La Seguridad Jurídica y el Notariado*, ciclo de conferencias de la Academia Sevillana del Notariado, publicado por EDESA, serie Monografías, año 1986, pág. 84.

trata del quehacer diario de Notarios y Registradores, pero que no modifica sustancialmente el sistema cautelar notarial-registral, sino que deja inalterados los principios jurídicos fundamentales con que operan ambas Instituciones.

Procede, pues, examinar la citada norma para ver si los medios que habilita son mínimamente suficientes para el fin que se propone, y, caso de llegar a una conclusión negativa, analizar qué soluciones serían posibles.

II. El R.D. 1158/1992, de 18 de diciembre

1. El Preámbulo del R.D.

No obstante carecer los preámbulos de eficacia normativa directa, suele ser interesante su examen por contener frecuentemente una explicación de la finalidad perseguida por la norma publicada (5).

189

Es finalidad de este R.D., dice su preámbulo, “potenciar la colaboración entre Notarios y Registradores de la Propiedad y eliminar, en la medida de lo posible, la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario”. Es decir, si la eliminación del fraude inmobiliario es el resultado final apetecido por el legislador, es lógico que se pretenda una mayor colaboración entre aquellas instituciones que han venido garantizando el imperio de la seguridad jurídica en las relaciones jurídico privadas.

Esta mayor colaboración pretendida se centra en dos concretos aspectos: a) el de la información en el momento del otorgamiento de la escritura, de modo que pueda conocerse la “verdadera situación registral existente”; y b) el de la prioridad registral, procurando una mayor celeridad en la presentación de las copias en el Registro.

(5) Sobre la naturaleza de los preámbulos de las normas puede consultarse un reciente trabajo de LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO, publicado en el *Anuario de Derecho Civil* del año 1992, tomo XLV, fascículo II, págs. 501 y ss.

La indudable conveniencia de que estos dos objetivos sean logrados es puesta de manifiesto en el primer párrafo del preámbulo, y justifica la puesta en vigor de una serie de medidas que permitan una mayor utilización de los modernos medios informáticos en la ya tradicional colaboración entre ambas instituciones.

Nos hallamos, pues, ante una norma que no se mueve en el terreno de los principios jurídicos, sino que opera sobre la mecánica funcional de ambas instituciones. No es norma de conceptos sino de instrumentos.

2. Deber de información: Art. 175 del Reglamento Notarial.

a) *Deber de información y sus excepciones.*

190 Según la nueva redacción del artículo, el Notario estará obligado a obtener información del Registro de la Propiedad con carácter previo a cualquier otorgamiento de escritura pública en la que se transmitan o graven bienes inmuebles. Esta regla general tiene tres excepciones: a) Cuando la escritura sólo contenga actos a título gratuito. b) Cuando el adquirente, por conocer la situación jurídica del inmueble, renuncie a su derecho a exigir esa información registral y prescinda de ella. c) Cuando el transmitente sea el Estado o cualquier otra entidad de Derecho público.

Fuera de estas excepciones habrá que obtener obligatoriamente la información registral, incluso en el caso harto frecuente en determinadas zonas y regiones de que la finca no se halle inmatriculada, o que estándolo no se haya inscrito el título dominical del disponente. Así se deduce del apartado 3 del artículo 175 del Reglamento. Con esta información no sólo permitirá conocer la situación registral de la finca, sino que se podrá prevenir más eficazmente el peligro de la doble inmatriculación.

Puesto que el deber que tiene el Notario de informar a

los otorgantes al autorizar un instrumento público ya venía recogido con carácter general en la legislación notarial (6), se puede concluir que este artículo no crea una nueva categoría conceptual; es decir, no estamos ante un deber de “nuevo cuño”, sino ante una específica forma de cumplir el deber de información en lo tocante a la situación jurídica del inmueble. A partir de ahora el Notario deberá adoptar una conducta más activa en la indagación de esa situación jurídica, y con este fin han de arbitrarse los medios necesarios que hagan posible el cumplimiento del citado deber (7).

Antes de referirnos brevemente a las tres citadas excepciones recogidas en el número 2 del artículo 175, interesa destacar que, a mi juicio, la preocupación del legislador por evitar el fraude inmobiliario le ha conducido a una visión excesivamente parcial del deber de información; dicho de otra manera, que los árboles —en este caso fraude inmobiliario— le han impedido ver con claridad la totalidad del bosque —derecho del contratante a ser informado por el Notario—. Por tanto, el artículo 175 del Reglamento Notarial, y muy concretamente las excepciones del número 2, han de ser interpretadas en consonancia con la finalidad tuitiva que la intervención notarial tiene en general. Con el deber notarial de informar no se persigue exclusivamente, por muy importante que sea, la eliminación del fraude inmobiliario, sino que a través de la información y el asesoramiento se pretende facilitar todos aquellos elementos de juicio indispensables para la recta formación de la voluntad contractual. El contrato, expresión normativa de la libertad individual, no puede tener una existencia vigorosa si las voluntades que lo originan padecen error o desconocimiento.

(6) Del Reglamento Notarial pueden citarse, entre otros ejemplos, los siguientes: deber de asesoramiento y consejo (art. 1); deber de información (art. 147); advertencia de la conveniencia de consultar el Registro de la Propiedad (art. 175).

(7) La Orden de 24 de febrero de 1993 establece que “en todas las oficinas de los Registros de la Propiedad se instalará un nuevo telefax con línea de comunicación independiente, destinado a la recepción de peticiones de información registral y su remisión al Notario solicitante...”.

No cabe duda que el deber notarial de informar contribuirá a la eliminación del fraude inmobiliario, pero no debe ser éste su único objetivo. La información debe ser uno de los elementos incorporados a la redacción del instrumento público como garantía de certeza y solidez de la relación jurídica constituida. Cómo, en otro caso, podrían predicarse de la escritura pública sus variados efectos en el orden real y obligacional, inmobiliario y familiar, probatorio y sustantivo, etc.; cómo podría desplegar la institución registral su trascendental eficacia sin una base documental garantizadora de la existencia de todos los elementos esenciales para el nacimiento de una convención. El deber de información trasciende, pues, del problema del fraude inmobiliario como claramente expone el párrafo primero del artículo 147 del Reglamento Notarial. “El Notario —dice el artículo—, redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción”.

Si, partiendo de estos presupuestos, examinamos las excepciones del apartado 2 del artículo 175 del Reglamento Notarial desde la perspectiva del deber notarial de información, no dejan de resultar chocantes. No sucede lo mismo, sin embargo, si consideramos que este Real Decreto tiene por finalidad “eliminar, en la medida de lo posible, la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario”; desde este último punto de vista, los supuestos exceptuados no son terreno abonado para la comisión de tales fraudes, y por ello resulta lógica su exclusión.

Por tanto, los principios generales inspiradores de la función notarial deben actuar como correctores de la conclusión que pudiera obtenerse de una primera y aislada lectura del artículo. El Notario deberá aplicar el apartado primero del artículo 175 del Reglamento Notarial siempre que el cumplimiento de su deber de información lo aconseje, y ello tendrá lugar en la mayor parte de los casos. No es nece-

sario que exista sospecha de fraude inmobiliario para indagar la situación jurídica —registral y extrarregistral del bien—, es suficiente con el derecho a ser informado y el correlativo deber notarial de informar a los contratantes para que se proceda a facilitar toda la información que sea posible. Piénsese, por ejemplo, en una donación modal o condicional, en la situación urbanística de las fincas, en la existencia de afecciones fiscales y prohibiciones de disponer, etc. Todas estas circunstancias tienen relevancia tanto para quien adquiere gratuita como onerosamente, y ya sea el transmitente persona privada o ente público.

Por lo que se refiere a la excepción de la letra b) del apartado 2 del artículo 175 del R.N., sólo procederá cuando el adquirente renuncie a ser informado “por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble”. Esta es la única razón que debe dispensar al Notario de su deber de solicitar la información registral; cualquier otra interpretación que flexibilizara la norma la desvirtuaría e inutilizaría con el consiguiente demérito notarial. La autonomía negocial de los particulares no les permite actuar sobre los requisitos de la escritura pública ni sobre las normas a que el Notario ha de ajustar su actuación, que son indisponibles. Por tanto, sólo el conocimiento de la situación jurídica, manifestado por el adquirente, dispensaría, por repetitivo, el deber impuesto al Notario de solicitar la información, aunque no le relevaría de la obligación de explicar las consecuencias que de esa situación se deducen (8).

193

(8) MARTÍNEZ-PIÑEIRO (*Boletín del Colegio Notarial de Granada*, número 146, febrero 1993, pág. 480) se plantea “... qué consecuencias podrán atribuirse a la manifestación hecha por el adquirente de conocer la situación jurídica del inmueble. ¿Supondrá subrogación en las cargas?, ¿le impedirá alegar buena fe?, ¿equivaldría a renunciar al saneamiento...?”. Parece claro que nada de esto puede producir la renuncia que el adquirente haga de un derecho que se le concede, pues, caso contrario, habría de concluirse que la renuncia estaría penalizada. La buena o mala fe, la subrogación y el saneamiento seguirán el régimen que legalmente les corresponde conforme al tipo contractual que se celebre. No obstante, como lo que abunda no daña, PIÑEIRO CARAMÉS aconseja manifestar en la escritura que la renuncia del adquirente no altera el régimen de responsabilidad correspondiente al transmitente.

b) *Personas obligadas a recabar la información registral.*

Para los particulares la consulta registral es un derecho —necesidad para el adquirente que se precie de tener una mínima diligencia—; para el Notario es un deber, y, por tanto, él debe cumplirlo. Así lo impone el artículo 175 del Reglamento Notarial.

¿Qué ha de hacerse en el caso de que sean los contratantes quienes hayan recabado la información? ¿Quedará, sin más, el Notario dispensado de su obligación de solicitar la información registral? Pensamos que no, aun cuando la redacción del artículo parece que puede prestarse a interpretaciones diversas.

194 PIÑEIRO CARAMÉS (9) opina que no hay razón para rechazar la nota registral que se nos presente, siempre que tenga una antigüedad no superior a los cuatro días anteriores al otorgamiento. Dice nuestro admirado compañero, que no le convence el argumento contrario basado en que el artículo se refiere expresamente al Notario, pues dicha referencia exclusiva es lógica teniendo en cuenta que estamos en sede de Reglamento Notarial. No obstante, hace una distinción según el medio de publicidad que se emplee, pues, en caso de que se trate de la exhibición de los libros, le parece evidente que sólo puede ser el Notario quien directamente los examine.

A pesar de estos argumentos, pensamos que el Notario es el obligado a recabar la información registral, pues a él se refiere expresamente el artículo 175. La circunstancia de que estemos en sede de Reglamento Notarial no desvirtúa esta interpretación, sino todo lo contrario, pues ¿dónde habría de regularse una obligación de inexcusable cumplimiento para el Notario si no es en el Reglamento Notarial? Que la obligación se imponga expresamente al Notario, y que la norma que la establezca se ubique en el Reglamento

(9) Trabajo en el *B.C.N.G* anteriormente citado.

Notarial deben llevarnos necesariamente a esta conclusión. Lo contrario, en nuestra modesta opinión, sería un contrasentido. Además, por qué admitir la nota simple presentada por los interesados y, sin embargo, no admitir que sean ellos quienes consulten los libros registrales.

Esto no quiere decir que el Notario no pueda admitir la información facilitada por los interesados, sino que, en caso de que sean éstos quienes presenten el documento informativo, habrá que acudir al supuesto contemplado en la letra b) del apartado 2 del artículo 175 del Reglamento Notarial. Es decir, en la escritura se expresará que el adquirente renuncia a la información que el Notario debe facilitarle por resultarle conocida la situación registral; incluso será aconsejable reseñar el medio de conocimiento empleado y quién lo ha obtenido.

c) Medios de publicidad.

195

Cualquiera de los medios de publicidad registral legalmente previstos serán válidos. La elección del medio corresponderá al Notario, quien, a la vista de las circunstancias, podrá elegir uno u otro.

Las disposiciones hasta ahora vigentes sobre publicidad formal (222 L.H., 332 R.H., etc.), y las lógicas limitaciones impuestas en materia de publicidad por nuestra Dirección General deberán aplicarse, respecto de la petición notarial de información, de la forma más adecuada para asegurar y facilitar la más perfecta coordinación posible entre Notarías y Registros, prevista por este R.D.

La nota simple informativa será, sin duda alguna, el medio más utilizado, dada la posibilidad de usar el telefax para solicitarla y recibirla en la Notaría.

El contenido y extensión de la información facilitada deberá permitir que se cumpla la finalidad que se pretende con ella; es decir, deberá facilitar el exacto conocimiento de la situación actual de la finca —su titular, descripción y car-

gas, gravámenes y limitaciones—, incluso deberá comprender los asientos de presentación cuando de los mismos pudiera derivarse cualquier limitación o alteración de la titularidad de la finca o de su situación jurídica (ex. art. 230 L.H.).

d) Plazos.

El R.D. dice que el Notario deberá haber obtenido la información registral dentro de los cuatro días hábiles anteriores al otorgamiento de la escritura. Respecto de los plazos para expedir la información registral habrá que estar a la normativa vigente, es decir, los cuatro días por finca del artículo 236 de la Ley Hipotecaria también aplicable a las notas simples (Instrucción de la DGRN de 5 de febrero de 1987).

196

La buena coordinación y la recíproca colaboración entre Notarios y Registradores será la que deba solucionar gran parte de los problemas que se van a plantear en cuanto a los plazos, pues la seguridad jurídica comparte escenario con una celeridad cada vez más insegura. Que garanticemos en la medida que se nos permite la seguridad jurídica, sin que la celeridad sufra más de lo imprescindible, ha de ser objetivo de ambas instituciones. Lo contrario, como decíamos anteriormente al referirnos a las excepciones, redundará en demérito de las mismas (10).

e) La advertencia final.

El Notario hará advertencia expresa de que, en todo caso, lo que prevalece es la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro.

(10) Quizá los modelos normalizados de solicitud y expedición de telecopias, previstos en la disposición final primera, puedan facilitar la labor. Parece lógico que en ambos modelos puedan incluirse todas las fincas que se refieran al mismo negocio jurídico sin que por ello deba alterarse el cómputo de los plazos más que los estrictamente necesarios, según las concretas circunstancias. En todo caso, no parece que deba ser criterio determinante “per se” el que la información de varias fincas se solicite conjunta o separadamente (art. 349 del R.H.).

Con este apartado se minimiza la eficacia de todo el sistema informativo arbitrado, pues, como dice PIÑEIRO CARAMÉS, el fraude no se evitará, aunque sí se reducirá el tiempo para cometerlo.

Lógico complemento de lo hasta ahora visto ha de ser la pronta presentación en el Registro de la Propiedad de la copia de la escritura. Con este fin se han reformado los reglamentos Notarial e Hipotecario en los términos que seguidamente veremos.

3. La rápida presentación y la prioridad registral.

a) *Introducción.*

Uno de los principios organizadores de nuestro sistema registral es el de la prioridad. Sus fundamentales efectos, formales y sustantivos, hacen que la presentación de un título en el Registro de la Propiedad sea una circunstancia jurídicamente muy relevante; ganada la prioridad registral, el título ingresado se opondrá con preferencia excluyente a cualquier otro que se le oponga o resulte incompatible, según la conocida definición de ROCA SASTRE.

197

El Real Decreto que nos ocupa destaca este hecho en su preámbulo, y consecuentemente introduce una serie de reformas conducentes a favorecer la celeridad en la presentación, de modo que se reduzca el tiempo transcurrido entre el otorgamiento de la escritura y su presentación en los libros registrales.

Por tanto, una primera nota a destacar en el Real Decreto es que no afecta a la configuración vigente del principio de prioridad, sino tan sólo a la presentación de la escritura como presupuesto físico desencadenante de esa prioridad.

Sin perjuicio del examen de las modificaciones introducidas, cabe plantearse la suficiencia de unas medidas que operan exclusivamente sobre la celeridad en la presentación.

Para analizar esta cuestión ha de partirse de la siguiente consideración previa: cualquier reforma que se pretendiera del sistema vigente tendría que adoptar una prudencia exquisita en sus formulaciones, pues los buenos resultados obtenidos con el sistema cautelar vigente así lo aconsejan.

No obstante estos buenos resultados, la preocupación doctrinal por esta materia no es nueva; ya desde hace varias decenas de años, relevantes autores han tratado de arbitrar un sistema más acorde con la trascendental importancia que la prioridad registral despliega respecto del derecho inscrito. Estas opiniones han girado principalmente en torno a la posibilidad de establecer en nuestro Derecho una reserva de prioridad.

b) *Diversas teorías formuladas.*

198 Se refieren seguidamente algunas opiniones de entre las numerosas que se han ocupado de este problema.

MANUEL VILLARÉS PICÓ (11): Puede resumirse su opinión en los siguientes puntos:

- Al ser la Ley Hipotecaria “la sublimación del principio de prioridad en el tiempo”, es necesario que la prioridad registral pueda actuar desde el momento en el que los futuros contratantes obtienen la información registral sobre el estado de las fincas objeto del contrato que pretenden celebrar.

Por tanto, hay que procurar evitar que la adquisición de quien contrata amparado en la publicidad registral pueda fracasar porque otra persona, también confiada en dicha publicidad, llevó primero su título al Registro.

- Con esta finalidad, ha de establecerse un procedimiento que permita desplegar los trascendentales efectos de la prioridad registral desde el momento en que los futuros

(11) “El principio de prioridad debe actuar al mismo tiempo que el principio de fe pública registral o inmediatamente”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, julio-agosto, págs. 504 y ss.

contratantes proyectan la celebración del contrato. Dicho procedimiento podría ser la presentación en el libro diario de un escrito firmado por los futuros otorgantes expresando su deseo de celebrar el contrato. Hecha esta presentación, la prioridad formal del artículo 17 de la Ley Hipotecaria protegería durante un plazo de tiempo (VILLARÉS PICÓ lo fija en sesenta días) al contrato que se celebrara. Debe procurarse, dice el autor, "... que los principios hipotecarios actúen desde los momentos esponsalicios en que las partes proyectan la relación jurídica, y así la voluntad se determine dando el paso firme sobre la base de la seguridad registral...".

- Esta solución también sería aplicable a los casos en que la finca no estuviera inscrita, debiendo establecerse en el Registro de la Propiedad un libro especial en que constara dicha prioridad.

- No cabe olvidar, además, que la protección registral se extiende no sólo al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino también al tercero contemplado en el artículo 32 de la misma Ley, y ello aunque no se trate de adquisición que reúna todos los requisitos del artículo 34. Esto es así porque el principio de prioridad tiene eficacia independientemente del principio de fe pública registral (12) (13).

199

(12) Buen ejemplo de lo que se acaba de decir es la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 24 de septiembre de 1992 (*BOE*, 5 de noviembre del mismo año). En ella se plantea el siguiente caso: Otorgada una escritura de venta de la nuda propiedad de una finca, el mismo transmitente otorga una escritura de donación de la misma finca en favor de otra persona. Presentada antes en el Registro de la Propiedad la escritura de donación, se produce el cierre registral para la escritura primeramente otorgada (ex. art. 17 L.H.).

(13) En un trabajo posterior titulado "El documento privado en el Registro de la Propiedad", publicado por la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en 1954, defiende este autor la posibilidad de que esa prioridad inicial y provisional hasta el otorgamiento de la escritura pública se obtenga con la presentación del documento privado que contenga el contrato.

En nuestra opinión no está clara la ventaja que puede representar un contrato privado frente a la simple solicitud del titular registral, si a fin de cuentas el autor sólo les concede a ambos el beneficio de la provisionalidad. La exigencia de un documento privado sería, por un lado, un requisito costoso y superfluo, ya que la

FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ (14). No obstante el tiempo transcurrido desde la fecha de este trabajo, sigue estando de plena actualidad el planteamiento que hace RUIZ MARTÍNEZ, y buena prueba de ello es el Real Decreto que nos ocupa. La preocupación doctrinal viene, pues, de antiguo. La precisión y claridad empleadas por el autor para exponer las razones de tal inquietud excusan cualquier añadido: "... Ni la información personal y directa de la situación registral, ni la certificación obtenida, ni la máxima diligencia empleada, garantizan plenamente la seguridad de un negocio jurídico que se pretende llevar a término. Instantes, horas o días después se puede presentar un título en el Registro que impida la inscripción o rango pretendido por el más diligente y cuidadoso defensor de sus propios intereses. Algo, pues, falla en nuestro sistema...".

Quizás ante tales expresiones, un lector desconocedor de nuestra realidad jurídica pudiera pensar que se hallaba ante un problema de frecuente trascendencia práctica, verdadera quiebra del sistema. Ciertamente no ha sido así, pues el sistema cautelar notarial-registral ha ofrecido, con creces, una notable seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Es cierto también que el propio autor, a renglón seguido, destaca que el problema es prácticamente irrelevante en las zonas rurales, donde la buena fe y el conocimiento personal de los contratantes juegan un papel fundamental. Es en las

reserva provisional puede alcanzarse más sencillamente con la solicitud del titular. Además, si para esa prioridad provisional se exige la firma de un contrato privado, no hay que olvidar que dicho contrato es generador de obligaciones entre las partes contratantes, por lo que, salvo que se firme en el mismo local del Registro, los obligados tampoco tendrían, al tiempo de la firma del contrato privado, la garantía de la inalterabilidad de la situación registral, ya que la reserva de prioridad sólo se operaría una vez firmado y presentado en el Registro. Con la simple solicitud se consigue, sin embargo, que esa garantía sea uno de los presupuestos iniciales y previos a la celebración del contrato, que es, en definitiva, de lo que se trata para que el contratante tenga verdadera seguridad al tiempo de contraer la obligación.

(14) Ponencia presentada al Primer Congreso de Derecho Registral. Publicación del *Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España*. 1963. Págs. 47 y ss.

zonas de gran volumen contractual y de menos frecuente conocimiento personal “donde se aprecia la prisa y urgencia en la presentación de las escrituras” (15).

PEDRO AVILA ALVAREZ (16), comentando el antiguo artículo 175.2 del Reglamento Notarial, opina que ni siquiera la obtención de la certificación registral, previa a la transmisión, concede una certeza sobre el estado de cargas de la finca en el momento de la celebración del negocio, pues incluso antes de que se haya secado la firma del Registrador —dice gráficamente—, pueden acceder al Registro cargas que afecten al futuro adquirente.

Para evitar este peligro propone instaurar lo que él denomina el certificado de prioridad. Mediante este certificado se reservaría la prioridad en favor de un derecho que debería constituirse en un plazo de tiempo máximo y legalmente establecido. Resumidamente, el procedimiento sería el siguiente:

- Por el titular registral de la finca se solicitaría del Registrador de la Propiedad la expedición del certificado de reserva de prioridad en favor de un derecho de futura constitución. En la solicitud debería expresarse claramente la naturaleza, extensión, contenido y titular del futuro derecho.

(15) Esta distinción que RUIZ MARTÍNEZ hace es motivada, y así lo expresa el autor, a su experiencia profesional en distintos Registros de la Propiedad. Es lógico que así sea, pues el traslado a medianos o grandes núcleos de población nos presenta problemas y situaciones muy poco frecuentes en las Notarías y Registros de pequeños núcleos rurales.

Por esta razón, puede apreciarse una evolución con relación a su trabajo titulado “El Principio de Prioridad”, publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1952, págs. 865 y ss. En este trabajo destacaba el autor que, al menos en los Registros rurales, “apenas si de tarde en tarde se presenta con urgencia algún título”.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que las condiciones sociales y económicas actualmente vigentes hacen que una gran parte de Notarías y Registros de las zonas rurales no gocen de situación tan “idílica” como la descrita, no pudiendo distinguirse tan radicalmente en el diagnóstico de los problemas entre zonas rurales y urbanas.

(16) *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*. Tomo I. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 1975. Págs. 133 y ss.

- La expedición del certificado se haría constar, mediante nota marginal, en la última inscripción de la finca que va a ser objeto del negocio jurídico.

- Si dentro del plazo legalmente determinado se presenta en el Registro de la Propiedad la escritura pública en que el derecho se ha constituido o transmitido, adquirirá éste la prioridad iniciada con el certificado.

- Se completa el sistema con el establecimiento de un período de *vacatio* para la certificación expedida, durante el cual los títulos presentados anteriores a ella no se verían perjudicados por la misma.

Frente a los inconvenientes que este sistema puede presentar (17), supondría notables ventajas que actualmente aún no han sido alcanzadas, a saber: una seguridad absoluta para los terceros y una gran maniobrabilidad para el titular registral.

202

SANTIAGO PELAYO HORE (18) pone de manifiesto que las indudables ventajas ofrecidas por la enérgica protección registral, fruto de una rigurosa construcción científica, quedan, sin embargo, sometidas al evento de la velocidad empleada en la presentación del título en el Registro.

Al igual que otros autores, destaca la insuficiente garantía que otorga la certificación registral, cuando realmente dicha certificación podría ser el medio idóneo para alcanzar la seguridad jurídica del adquirente en lo tocante al estado de cargas y gravámenes. “Bastaría para ello, dice, que la prioridad no viniese determinada por el asiento de presentación, sino por la expedición de una cierta certificación registral”.

(17) Al igual que a otros autores, preocupa a AVILA la posibilidad de combinaciones fraudulentas mediante la obtención del certificado de prioridad. No obstante, destaca el autor que también actualmente pueden darse combinaciones fraudulentas. Como medidas que obstaculizarían dichas combinaciones, citan los autores el período de *vacatio*, la fijación legal de la periodicidad que ha de guardarse entre sucesivas peticiones de certificados referentes a la misma finca, etc.

(18) “La angustiosa prioridad”. *Revista de Derecho Privado*. Abril de 1952, págs. 281 y ss.

El sistema es muy parecido al propuesto por AVILA ALVAREZ, pues esta certificación se expediría para celebrar un contrato determinado con una persona también determinada. La expedición de esta certificación constaría en el Registro por nota marginal (19).

Con esta certificación el titular registral reservaría durante un breve tiempo la protección registral en favor de una persona determinada, pues nada de extraño tiene que se permita disponer de las defensas del derecho a quien puede disponer del derecho mismo. La opción de compra y la certificación de cargas en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria son buenos ejemplos del sistema que este autor propone generalizar.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO (20), luego de comparar el Derecho español y el Derecho argentino, donde rige la certificación registral con reserva de prioridad, concluye que las diferencias entre ambos sistemas no permiten extrapolar aquella certificación al Derecho español.

Dado que los derechos nacen fuera del Registro, debido a la teoría del título y el modo, si se estableciera una reserva de prioridad con efectos sustantivos sería necesaria una consecuente modificación de nuestro sistema español de adquisición y transmisión de bienes inmuebles.

Si lo que se pretende es introducir una reserva de prioridad sólo formal o tabular, "sin alcanzar al mundo extrarregistral", la solución es fácil, pues bastaría con agregar un párrafo al artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, esta solución no impediría que los Tribunales tuvieran que decretar, en caso de conflicto, la preferencia del derecho nacido extrarregistralmente frente a la prioridad formal ga-

(19) Al igual que hace AVILA, se plantea el problema de posibles combinaciones fraudulentas con la certificación, por lo que propone el establecimiento de concretos plazos de vigencia para cada certificación, así como el transcurso de unos días entre la solicitud de la certificación y su expedición por el Registrador.

(20) Obra citada del II Congreso Internacional de Derecho Registral.

nada por otro derecho, todo lo cual repercutiría en el des-
crédito del sistema.

Como soluciones que pueden paliar el sistema propone:
a) Que, previa solicitud, el Registro informara durante un
breve plazo de tiempo de las modificaciones o variaciones
producidas en la situación registral de la finca. b) Que el
asiento de presentación pudiera extenderse en virtud de una
simple notificación que, firmada y sellada por el Notario, se
remitiría inmediatamente después de otorgada la escritura
pública correspondiente.

c) Soluciones aportadas por el Real Decreto.

En la nueva redacción dada al artículo 249 del Regla-
mento Notarial y 418 del Reglamento Hipotecario se esta-
blecen las siguientes reformas:

204 • La copia autorizada de cualquier escritura que con-
tenga actos susceptibles de inscripción en el Registro de la
Propiedad deberá quedar a disposición del disponente, salvo
causa justificada debidamente acreditada, en los cinco días
hábiles siguientes al otorgamiento.

• En vez de presentar la copia autorizada en el Registro
de la Propiedad, el Notario transmitirá el mismo día del
otorgamiento o en el siguiente hábil, por medio del telefax,
la copia autorizada de la escritura, o un escrito que con-
tenga las circunstancias enumeradas en el artículo. Deberá
emplearse este procedimiento cuando el interesado lo soli-
cite y se trate de Registro que está en localidad distinta de
la de la Notaría.

En la matriz y en la copia autorizada (que el Regla-
mento llama auténtica) se hará constar la confirmación de
la recepción por el Registro.

• La vigencia del asiento causado por esta remisión será
de diez días hábiles desde que se hubiera practicado, y
caducará transcurrido este plazo sin que se presente “física-
mente” la copia autorizada de la escritura.

El primer comentario que se puede hacer de estas reformas, una vez vistas las soluciones doctrinales que desde hace bastantes años se vienen apuntando, es que nos encontramos ante unas medidas inocuas para el fraude inmobiliario. Es cierto que el uso del telefax permitirá una presentación más rápida, pero la seguridad jurídica al tiempo del otorgamiento seguirá padeciendo. A mi juicio, la mayor complejidad que el nuevo sistema comportará en la práctica diaria no se corresponde con la escasa seguridad que depara al otorgar la escritura. Si al tiempo de transmitirse o gravarse la finca y de recibir el precio no se puede garantizar el estado registral de los bienes, la seguridad preventiva quedará seriamente dañada en caso de fraude. De nada servirá la telecopia del negocio consumado, pues el mal ya estará causado incluso antes de la firma de la escritura. Sólo se garantizará plenamente la seguridad jurídica cuando se ampare el total proceso que concluye con la celebración del negocio jurídico, y para esto es necesario que en los momentos preliminares las bases negociales sean firmes y así permanezcan hasta el otorgamiento.

Por otro lado, en cuanto a problemas concretos que la redacción de los artículos plantea, podrían surgir los siguientes:

¿Qué ocurre si el interesado no solicita la remisión de la telecopia o el Registro competente está en la misma localidad que la Notaría, o las dos cosas a la vez? Parece claro que el Notario no vendrá obligado a la utilización de la telecopia, pero nada se dice sobre si podrá utilizarla voluntariamente el Notario en cualquier caso. ¿Podrá, por ejemplo, remitirse telecopia cuando el Registro esté en la misma localidad? En caso de solución negativa qué razones de fondo puede haber para que el adquirente en una Notaría situada en localidad donde no exista Registro sea de mejor condición. En mi opinión, una interpretación finalista del artículo debe llevarnos a la conclusión de que el procedimiento de la telecopia podrá ser utilizado por el Notario

aun cuando el interesado no lo solicite o el Registro esté en la misma localidad. El artículo 249 establece los casos en que la remisión es obligada para el Notario, pero nada acerca de que sólo se pueda realizar en dichos supuestos. Además, no tendría sentido que quien puede imponer al Notario un determinado comportamiento para proteger su derecho, no pudiera utilizar la misma defensa si lo estima conveniente y el Notario accede a ello. Por su parte, el artículo 418 tampoco dice nada en contra de esta interpretación, pues se dirige a regular la actuación del Registrador, quien deberá proceder de igual manera que establece el artículo 418 c) para los casos de presentación en Registro de la Propiedad distinto del que corresponda (21).

JOSÉ-VICENTE MARTÍNEZ BORSO entiende, en el mismo sentido, que no resulta justificable que sólo quepa presentar por fax cuando el Registro esté en población distinta del lugar de otorgamiento (22).

En cuanto al “interesado” que puede pedir la remisión, parece que debe ser entendido en sentido amplio y no limitarlo sólo al adquirente. Para un supuesto parecido, el artículo 418 a) se refiere a cualquiera de los otorgantes.

Por lo que se refiere al contenido del documento sustitutivo de la telecopia no se alcanza a ver qué finalidad

(21) PIÑEIRO CARAMÉS opina, en el trabajo antes citado, que el Notario podrá remitir por propia iniciativa la telecopia cuando el Registro esté en localidad distinta. Sin embargo, cuando el Registro está en la misma localidad que la Notaría no parece que se pueda utilizar, ni siquiera cuando lo solicite el interesado.

Por las razones antes apuntadas, no entendemos qué argumento puede haber para hacer esta distinción entre los dos términos unidos por la copulativa “y”, como no sea el de que se trata de un fallo del legislador. Sin embargo, en mi opinión, si se parte de un fallo del legislador habrá que soportarlo con todas sus consecuencias, sin hacer distinciones entre los dos términos de la conjunción copulativa, y lo mismo en el caso contrario, es decir, si se defiende una opinión favorable a la remisión discrecional de la telecopia.

(22) En *Gazeta de los Notarios*, abril de 1993, n.º 45, pág. 7. En el último número de la *Gazeta*, publicado después de finalizar este trabajo, se daba la noticia del fallecimiento de JOSÉ-VICENTE MARTÍNEZ BORSO. Hago mías las palabras que la *Gazeta* dedicaba a nuestro compañero, a quien he tenido la suerte de conocer personalmente.

puede tener la mención de la fecha de la copia que se presentará a inscripción. Además de inútil, lo único que puede hacer es causar problemas tan sencillos como que el día previsto para hacer la copia surja una imposibilidad material. Si el documento ha sido remitido dentro del plazo, y la copia es preparada en los cinco días hábiles siguientes y se presenta en el Registro el octavo día, por ejemplo, qué más dará la fecha que lleve la copia dentro de los cinco días hábiles previstos para expedirla. O se hace la copia antes de enviar la notificación, en cuyo caso lo que se remitirá será la copia, o lo que se pretende es que el Notario haga una profesión de fe en el documento sustitutivo, posibilidad ésta que nos deja perplejos. Aún más, qué ocurriría en el caso de que la copia expedida fuera de fecha distinta a la anunciada.

A mi juicio, la única conclusión coherente con nuestra función es la necesidad de que la copia esté expedida cuando se remita el escrito, pues sólo así puede conocerse la fecha; por tanto, el famoso escrito quedará para ser utilizado en casos de copias muy extensas u otros supuestos similares, ya que en los casos de copias breves será mucho más rápida la remisión de las mismas.

207

III. Conclusiones

1. El Real Decreto introduce una serie de reformas dirigidas a regular aspectos concretos del quehacer diario notarial y registral, dejando inalterado el principio de prioridad. No es, pues, una norma de conceptos sino de instrumentos.

2. La información y el asesoramiento notarial no sólo tratan de evitar el fraude inmobiliario, sino que son presupuesto esencial para lograr una recta y equilibrada formación de la voluntad contractual. Por tanto, el artículo 175

del Reglamento Notarial debe ser interpretado conforme a los principios rectores de la intervención notarial.

3. Si todo avance en el terreno de la seguridad jurídica debe ser bien acogido, no cabe duda que este Real Decreto mejora el sistema vigente. Sin embargo, hay una desproporción entre las medidas que instaura y el resultado que se obtiene, el cual no garantiza al adquirente el estado de cargas al tiempo del otorgamiento de la escritura pública.

La mayor celeridad en la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad debería acompañarse de medidas que dotaran al sistema de efectivas garantías al tiempo del otorgamiento. Un primer paso sería establecer que durante los cuatro días siguientes a la obtención de la información registral, el Registro de la Propiedad debería informar a la Notaría de cualquier modificación producida en la situación registral de la finca.

4. Los buenos resultados hasta ahora alcanzados aconsejan la mayor prudencia posible a la hora de abordar cualquier modificación más a fondo del sistema.

Sin embargo, una reserva de prioridad formal lograría importantes cotas de seguridad jurídica en las transmisiones inmobiliarias, sin que necesariamente tuviera que padecer el sistema registral. Que en determinados casos las sentencias judiciales puedan afectar al contenido del Registro no supone actualmente demérito alguno para nuestro sistema registral, ni, por otro lado, aminoran los trascendentales efectos, formales y sustantivos, que del principio de prioridad se derivan.

Evitar que bajo ningún concepto pudiera existir discrepancia entre la realidad escriturada e inscrita y la realidad extrarregistral exigiría, sin duda, una reforma integral del sistema. Sin embargo, frente a esta solución maximalista existen otras que, partiendo del sistema vigente, serían capa-

ces de cohonestar la seguridad jurídica con la voluntariedad que preside todo nuestro Ordenamiento.

En todo caso, y dado que la utilidad de las instituciones está estrechamente relacionada con su capacidad de respuesta frente a los problemas sociales de un momento histórico determinado, no cabe la menor duda que nuestro sistema notarial y registral ha de ser capaz de ofrecer soluciones prácticas que permitan la seguridad que la sociedad actual demanda.

ANEXO

I. Introducción

209

El Ministerio de Justicia, autorizado por la disposición final primera del R.D. 1558/1992, de 18 de diciembre, ha elaborado la Orden de 2 de agosto de 1993, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 9 de agosto, para la “Cooperación entre Notarías y Registros para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario”.

Por ser el trabajo precedente de fecha anterior a la publicación de la Orden Ministerial y al proyecto de la misma, parece oportuno redactar este anexo, aun cuando ello se haga con la premura de tiempo exigida por la conveniencia de que estos dos escritos aparezcan unidos.

II. Finalidad de la Orden

Según su preámbulo, la Orden Ministerial tiene como finalidad lograr la plena efectividad del Real Decreto de 18 de diciembre de 1992. Para lograrlo se ocupa, por un lado, de precisar “algunos de los puntos sobre la solicitud

por los Notarios y la expedición por los Registradores de la información registral por medio de telefax”.

Sin embargo, la novedad más destacable es que establece un sistema de información continuada por telefax. Durante los cuatro días hábiles siguientes al de la expedición de una información registral, los Registradores de la Propiedad deberán comunicar a los Notarios que lo soliciten cualquier presentación o solicitud de información que se refiera a la misma finca y se reciba en el Registro dentro de ese plazo.

Sin perjuicio de comentarios posteriores, cabe decir que esta información continuada es lógica consecuencia del sistema implantado por el Real Decreto, y así se opinaba en la conclusión tercera del trabajo precedente. Es cierto que la complejidad, responsabilidad y trabajo que la información continuada traerá consigo van a ser ímprobos, sin embargo, para el Real Decreto no había otra salida mínimamente airosa en su intento de reforzar la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

210

Por ello, el Ministerio de Justicia, haciendo uso de la autorización concedida en la citada disposición final primera, ha sido consecuente con los fines perseguidos por el Real Decreto. Pienso que el sistema hubiera sido mucho más seguro y sencillo de haberse establecido una reserva de prioridad; sin embargo, habiendo optado por un procedimiento de simple información entre Notarías y Registros, la información continuada es una consecuencia lógica del sistema.

A partir de ahora, Notarios y Registradores podremos evaluar los inconvenientes y ventajas prácticas del sistema, y quizá esta experiencia sea el punto de partida para una ulterior reforma que debería desembocar en una reserva de prioridad acorde con nuestro sistema traslativo.

III. Solicitud y expedición de la información registral

De los dos aspectos regulados por el Real Decreto, es decir, información previa al otorgamiento de la escritura y presentación de la copia autorizada en el Registro, la Orden Ministerial centra fundamentalmente su atención en el primero. A la presentación por telefax en el Registro de la copia autorizada dedica el artículo décimo, mientras que el resto del articulado se refiere esencialmente a la obtención de la información previa al otorgamiento de la escritura.

A) *Quién debe solicitar la información:* Si en el trabajo precedente se decía que la obtención de la información era deber del Notario, la Orden Ministerial no deja lugar a dudas: es el Notario autorizante quien ha de recabar la información registral, pues él es quien debe informar y asesorar a quienes otorguen la escritura. Abundando en este extremo, hay que decir que en aquellos casos en los que proceda el examen directo de los libros registrales será el Notario en persona quien deba hacerlo, sin que pueda delegar esta tarea en sus empleados.

211

Sólo a través de la excepción prevista en el artículo 175, número 2, apartado b, del Reglamento Notarial, puede admitirse que la información recabada por el particular dispense al Notario de su obligación.

B) *Medios de información:* Pueden utilizarse cualesquiera de los medios de publicidad formal, según dice el artículo 175 del Reglamento Notarial.

No obstante, tanto el Real Decreto como la Orden Ministerial hacen de la nota simple obtenida por telefax el eje fundamental del sistema.

El artículo 11 dice que si el Notario no emplea el telefax para obtener la información a que se refiere el artículo 175 del Reglamento Notarial se aplicará igualmente lo dispuesto en la presente Orden. Llevada a sus últimas con-

secuencias, la afirmación contenida en el artículo 11 dispondría una alteración de la normativa hipotecaria en materia de certificaciones y la consiguiente quiebra del principio de jerarquía normativa. Se impone, pues, una interpretación correctora de la defectuosa redacción empleada.

En mi opinión, de la interpretación del artículo 11 no debe ni puede resultar una derogación de aquellos contenidos específicamente previstos en la legislación hipotecaria para las certificaciones. En consecuencia, la generalización que hace el artículo 11 sólo será posible mientras no desnaturalice ni contradiga la regulación que de la publicidad formal hace la legislación hipotecaria (1).

Por lo que se refiere a la petición de la información, el Notario deberá utilizar los modelos oficiales que serán aprobados por la Dirección General, si bien podrá, lógicamente, introducir las variaciones que el caso concreto exija (art. 2). Igual discrecionalidad se concede al Registrador para la expedición de la nota simple informativa (art. 7). En contra de lo que decía el artículo 1 del proyecto de Orden, la solicitud de información podrá referirse a varias fincas incluso

212

(1) En base a lo expuesto, la explicación más congruente que se puede dar a la desafortunada redacción del artículo 11 es, a mi juicio, la siguiente:

a) Procederá la aplicación de la Orden, cualquiera que sea el sistema de información empleado, cuando suponiendo una mejor información, sin embargo, no comporte una derogación que sería contraria al principio de jerarquía normativa.

b) En base al artículo 11 parecen posibles las siguientes conclusiones:

* La información mediante consulta directa de los libros del Registro faculta para solicitar la información continuada prevista en el artículo 8 párrafo segundo. También deberá ser reflejada en la información que el Registrador ha de facilitar conforme al artículo 8 párrafo primero.

Lógicamente, la solicitud de exhibición de los libros deberá tener una constancia documental que permita su archivo y constancia a los efectos de las notificaciones e informaciones previstas en la Orden.

* La información por medio de certificación o por nota simple no solicitada por telefax produce el deber de información continuada si el Notario lo solicita. En estos casos, habrá de quedar suficiente constancia documental de la entrega de la información, a los efectos del cómputo de los plazos.

* Que la petición de nota simple se presente por comparecencia en el Registro no es obstáculo para que la remisión de la misma deba hacerse por telefax si así se solicita.

cuando aquélla se envíe por telefax, según dice el artículo 1 de la Orden Ministerial. En definitiva, la solicitud podrá referirse a cuantas fincas sean objeto del negocio que se va a escriturar y para el que se solicita la información.

C) *Plazo para obtener la información:* Como máximo la información deberá darse en el plazo de los dos días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud, salvo que el número de fincas haga imposible el cumplimiento del citado plazo; si esto ocurre, se amplía el plazo hasta los seis días siguientes a la recepción de la solicitud (art. 4). En este caso, el Registrador, el mismo día en que reciba la solicitud, comunicará al Notario la fecha en que remitirá la nota (2).

Este artículo dulcifica la redacción del artículo 4 del proyecto, el cual imponía el plazo de un día cualquiera que fuera el número de fincas. Por otra parte, la Orden Ministerial soluciona el problema que se apuntaba en el trabajo precedente al hablar de los plazos en relación con el artículo 236 de la Ley Hipotecaria.

Conforme al artículo 11 de la Orden, estos plazos serán aplicables tanto si la nota simple se solicita por telefax como si la solicitud se presenta directamente en el Registro de la Propiedad.

213

IV. Contenido de la información registral

En principio y salvo las excepciones que luego veremos, la información facilitada por el Registro de la Propiedad deberá comprender, según el artículo 8, los datos del folio registral de la finca, los que obren en el libro diario y las solicitudes de información que, pendientes de contestación o

(2) Este último inciso recuerda a lo que respecto del Notario dispone el artículo 249 del Reglamento Notarial, cuando exige que en la telecopia se haga constar la fecha en que se expedirá la copia autorizada. Se institucionaliza de este modo el augurio notarial y registral.

remitidas en los cuatro días hábiles anteriores, hayan hecho otros Notarios respecto de la misma finca. (Ha de tenerse en cuenta lo dicho en la nota 1).

La utilidad de que la información comprenda las solicitudes realizadas por otros Notarios es indudable, pues será un remedio eficaz para evitar las dobles ventas u otras operaciones similares. El plazo de los cuatro días es lógico, ya que, según el artículo 175 del Reglamento Notarial, es el tiempo de "vigencia" que tiene la información a los efectos del otorgamiento de la escritura.

Excepciones a lo ahora dicho son las reglas singulares de los artículos 5 y 6, así como el supuesto especial del artículo 3 (3).

214 Se completa el sistema, según el párrafo 2 del artículo 8, con la posibilidad de obtener una información continuada por telefax siempre que el Notario lo solicite. Según el citado artículo, durante los cuatro días hábiles siguientes a la expedición de la información, el Registrador deberá informar sobre cualquier título o cualquier solicitud de información que afecte a la finca y que ingresen en el Registro durante ese plazo (4).

Esta información deberá remitirse antes de que transcurra el día hábil siguiente al ingreso del título o la recepción en el Registro de la solicitud de información (5).

(3) No obstante, la información que ha de darse en los supuestos regulados en los artículos 5 y 6 también deberá comprender todo aquello que dispone el artículo 8, cuya redacción no deja lugar a dudas sobre su aplicación a los casos contemplados en los artículos citados.

(4) Parece lógico que la información no sólo deba referirse a lo que ocurra en los cuatro días siguientes a la expedición de la nota simple, sino que también deba comprender cualquier ingreso o solicitud que, producido el mismo día en que se expidió la nota, sea posterior a la expedición.

(5) El proyecto de Orden Ministerial especificaba en el artículo 8 que se consideraban días inhábiles tanto los que lo fueran en la población en que estuviera demarcado el Registro como los de la población donde estuviera la Notaría. El texto definitivo, sin embargo, guarda silencio. Por tanto, no procede la acumulación de los días inhábiles de las dos localidades. Para otorgar la escritura deberán tenerse en cuenta los días hábiles de la localidad en que radique la Notaría, y para la expedición de la información registral serán relevantes los de la localidad en que esté el

V. Ausencia de información registral

El artículo 175 del Reglamento Notarial sólo contemplaba la posibilidad de que el adquirente renunciara a la información cuando manifestara conocer la situación jurídica del inmueble. La renuncia “sin causa” no es admitida porque, como se decía en el trabajo precedente, sólo el conocimiento de la situación jurídica, manifestado por el adquirente, dispensaría, por repetitivo, del deber impuesto al Notario de solicitar la información.

El artículo 9 de la Orden añade, sin embargo, un caso más de dispensa cuando por obstáculos materiales no pueda obtenerse la información registral y, además, existan razones de urgencia o necesidad por el adquirente, tanto los obstáculos observados como las razones alegadas por el adquirente se expresarán en la parte expositiva. Ha de tenerse en cuenta que la imposibilidad material de obtener la información ha de afectar al Notario, que es el obligado a solicitarla (6).

215

Más que ante una nueva excepción estamos ante una disposición aclaratoria y sin duda necesaria, pues, de no

Registro. La posible diferencia entre las dos localidades puede plantear problemas de coordinación de plazos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que al tiempo de otorgar la escritura ya no se reciba información continuada por haber transcurrido los cuatro días hábiles según la localidad del Registro, y que, sin embargo, en la localidad de la Notaría aún se esté dentro de los cuatro días hábiles en que se puede otorgar la escritura y recibir la información registral continuada. Esto ocurriría en el caso de haber días festivos intermedios en la localidad de la Notaría.

Por otra parte, en la información continuada del artículo 8 párrafo segundo puede suceder lo siguiente: que presentado en el Registro un título el cuarto día, y comunicado este hecho por el Registrador en el siguiente día hábil, estemos ante una comunicación innecesaria y fuera del plazo que el Notario tiene para otorgar la escritura. Ejemplo: el Registro remite por fax un lunes nota simple informativa; la información continuada deberá referirse a cualquier novedad producida el martes, miércoles, jueves y viernes; producida el viernes puede comunicarse el sábado. Sin embargo, recibida la información en la Notaría el mismo lunes en que fue expedida, el plazo para autorizar la escritura ha concluido el viernes.

(6) En este sentido era más explícito el artículo noveno del proyecto, que obligaba al Notario a declarar bajo su responsabilidad la imposibilidad de obtener la información registral.

admitirse esta posibilidad, lo que en principio nace para beneficiar al contratante podría acarrearle graves perjuicios derivados de la paralización del tráfico jurídico.

Sin embargo, la aplicación de este artículo a cada caso concreto será problemática. Al igual que se decía en el trabajo precedente, debe evitarse cualquier interpretación flexible que desvirtúe, con el consiguiente demérito notarial, el deber de información. El Notario ha de ser especialmente cuidadoso con la justificación de los obstáculos materiales que le impiden obtener la información registral, y por tanto, deberá procurar que su diligencia para cumplir lo dispuesto en el artículo 175 del Reglamento Notarial quede suficientemente probada.

VI. Conclusión

216

La Orden Ministerial supone una mejora en el sistema de información exigido por el Real Decreto, pero también muestra con más claridad la complejidad del procedimiento y las lagunas existentes en el mismo. Por otro lado, deja sin aclarar si la presentación por telefax es posible aun cuando no se reúnan los requisitos que, según el artículo 249 del Reglamento Notarial, la hacen obligatoria para el Notario.

Como prueba definitiva de la insuficiencia del sistema basta señalar que la presentación hecha por telefax es de peor condición según el artículo 10 de la Orden y el 418 del Reglamento Hipotecario.

La complejidad del sistema bien merece un resultado más eficaz y seguro.

B) Derecho Registral

LA INTERVENCION DEL TERCER POSEEDOR NO DEMANDADO EN JUICIO EJECUTIVO ORDINARIO. LA TERCERIA REGISTRAL

JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA

*Juez de Primera Instancia e Instrucción
de Cistierna (LEÓN)*

217

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** CUESTIONES PROCESA-
LES PREVIAS: **A)** Breve nota sobre acciones y procedimien-
tos judiciales. **B)** Doctrina sobre la naturaleza y efectos
de la anotación preventiva de embargo. **III.** CONCEPTO Y
CARACTERES DEL DENOMINADO “*TERCER POSEEDOR*”. **IV.** LA
INTERVENCIÓN DEL TERCER POSEEDOR NO DEMANDADO EN JUICIO
EJECUTIVO ORDINARIO EN QUE SE TRABAN BIENES QUE LE HAN SIDO
TRANSMITIDOS POR QUIEN SEGÚN EL REGISTRO APARECÍA CON
FACULTADES PARA HACERLO. **V.** HIPÓTESIS POSIBLES DE INTER-
VENCIÓN DEL TERCER POSEEDOR NO DEMANDADO EN EL JUICIO EJE-
CUTIVO. LA TERCERÍA REGISTRAL. **VI.** POSTURAS Y EXPECTATI-
VAS PROCESALES DEL TERCER POSEEDOR.

I. Introducción

Es objeto de nuestro estudio y así lo expondremos brevemente en las siguientes páginas, la problemática existente sobre la intervención o participación del tercer poseedor no demandado —tercero procesal (1)— en procedimiento ejecutivo ordinario en el que se traban bienes hipotecados que le han sido transmitidos por quien, según el Registro, aparecía con facultades para hacerlo y, para ello, tras una breve exposición introductoria al respecto sobre diversas cuestiones procesales que nos servirán para plantear debidamente nuestro estudio sobre el tema, analizaremos seguidamente las distintas hipótesis posibles de intervención procesal del tercer poseedor no demandado, titular registral (2), de los bienes perseguidos por el acreedor hipotecario en procedimiento seguido contra el deudor principal (o, más correctamente, contra el único deudor ya que el tercer poseedor *responde* pero no *debe*, puesto que éste último sólo ha adquirido el objeto hipotecado, sin asumir la obligación garantizada (3) y, precisamente por ello es “tercero”).

218

(1) Para RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 310, la noción de tercero procesal hace referencia a aquellos sujetos que inicialmente no son partes en un proceso, pero a los que el resultado de éste no es completamente indiferente y por ello necesitan de una adecuada protección que podrán conseguir a través de diferentes vías.

(2) Véase la Resolución de la D.G.R.N. de 3 de febrero de 1992 que trata de la posibilidad o no del Registrador de inscribir el cambio de titularidad del dominio —título derivado de la ejecución judicial— respecto de una finca, a consecuencia de la ejecución operada en un procedimiento ejecutivo ordinario en el que el titular registral, tercer poseedor, no ha sido parte en el procedimiento ni le ha sido comunicada la incoación del mismo hasta la fase de apremio, ni se ha practicado anotación preventiva de embargo por constar vendida al tercer poseedor y no constar en el mandamiento judicial en el que se ordenó aquella que el crédito ejecutado fuese el hipotecario inscrito a favor de tercero con anterioridad al embargo e, incluso anterior a la demanda de ejecución.

(3) En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN; y, GULLÓN BALLESTEROS: en “Sistema de Derecho Civil”, Volumen III. *Derecho de cosas. Derecho inmobiliario y registral*. 5.ª edic., Madrid, 1990, pág. 555.

II. Cuestiones procesales previas:

A) Breve nota sobre acciones y procedimientos judiciales.

Es sabido cómo el acreedor hipotecario puede ejercitar tanto la acción personal derivada de su relación obligatoria como la acción real (4) de hipoteca para la satisfacción de su crédito, así como que, para su ejercicio, puede optar (5) —además de por el juicio declarativo ordinario que por la cuantía corresponda— bien por el procedimiento ejecutivo ordinario regulado en los artículos 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien por el procedimiento judicial sumario a que se refiere el artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, la opción por uno u otro tipo de procedimiento no carece de relevancia procesal respecto al medio idóneo para la satisfacción de su pretensión, ya que tratándose del procedimiento sumario previsto en el artículo 131 L.H., como es bien sabido, más simplificado que el ejecutivo ordinario, sólo podrán objetarse las cuatro causas de oposición establecidas en el artículo 132 L.H. en vez de las más amplias y numerosas del artículo 1.464 de la L.E.C. previstas para el juicio ejecutivo ordinario y que, como es lógico, habrán de resolverse antes de la correspondiente sentencia de remate.

219

(4) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-2.º, 7.ª edición, Barcelona, 1979, pág. 1141, apuntan cómo frente al ejercicio de la acción hipotecaria, el tercer poseedor se halla en la posición de *in patiendo*, pues no se le impone ningún *facere*. No está obligado a pagar, pues él no está constreñido a efectuar prestación alguna al acreedor hipotecario, ya que es la finca la directamente afectada y él sólo actúa como propietario de ella, por adquisición *cum onore*, y a modo de su representante. Claro que puede pagar la deuda hipotecaria, rescatando la finca de la afección que ella implica, pero esto es un derecho que conserva hasta el último momento, mas no una obligación.

(5) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El crédito hipotecario*, Barcelona, 1977, págs. 57 y ss., opina por el contrario que sólo podrá ejercitarse la acción personal cuando la acción real se haya agotado o extinguido por destrucción, deterioro o depreciación por cualquier causa del inmueble hipotecado de tal entidad que le haga insuficiente para el pago del crédito.

Por otro lado, de tramitarse el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la L.H., la controversia objeto de nuestro estudio carecería de sentido por cuanto, no quedaría duda alguna, al establecer el artículo 131, ordinal tercero, apartado 3.º, la necesidad de que el actor presente junto a la demanda ejecutiva acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de antelación, cuando menos, al deudor (6), y también al tercer poseedor —aunque dicho requerimiento de pago no implica por sí, *stricto sensu*, la intervención obligada en el proceso civil subsiguiente—. Estableciendo seguidamente, incluso para el supuesto de no presentación de citada acta notarial que, el Juez reclamará del Registro de la Propiedad certificación extensiva comprensiva, entre otros, de la inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión, en su caso, que se haya practicado y se halle vigente.

220

Y, si de la certificación del Registro apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión, en su caso, del extremo referido, no ha sido requerida de pago en ninguna de las formas notarial o judicial antes indicadas, se notificará a la misma la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca.

Recordemos, asimismo que, para la realización de la hipoteca inmobiliaria común aún existe un cuarto procedi-

(6) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-2.º, 7.ª edición, Barcelona, 1979, pág. 1142, señalan que “Aunque el artículo 131 de la Ley hable en alguna ocasión de requerimiento de pago al tercer poseedor, no obstante esto debe entenderse no como un compelmiento a que pague, o sea, que no es un verdadero requerimiento a que cumpla la obligación dineraria asegurada, sino una simple notificación de la existencia del procedimiento, al objeto de que —como dice la regla 5.ª de dicho art. 131— pueda ejercitar los derechos que en el mismo le reconoce la Ley, y uno de los cuales es satisfacer el débito, con los intereses y costas causadas; es decir, se brinda simplemente al tercer poseedor una oportunidad para evitar la ejecución de la finca que ha adquirido, liberando el gravamen hipotecario que pesa sobre ella y sobreseyéndose el procedimiento”.

miento que es el denominado procedimiento ejecutivo extrajudicial o notarial regulado minuciosamente en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario —recientemente modificado (7) dando nueva regulación al procedimiento— y, que hemos omitido, precisamente por su carácter extrajudicial; exigiéndose en cualquier caso en este procedimiento, entre otros requisitos, que conste expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta, un domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones y la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. Asimismo, conviene señalarse que la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados, de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el art. 236-k (art. 235 L.H., según su nueva redacción operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas de Reforma Procesal).

221

En cualquier caso y, para comprender mejor la relevancia que posee la existencia de un tercero, así como el ánimo fraudulento de algunos ejecutantes procurando obviar la pre-

(7) El Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas (B.O.E. n.º 99, de 24 de abril) señala en su Exposición de Motivos que desde el punto de vista técnico, la revisión ha procurado la armonización de los distintos intereses en juego. En este aspecto ha de destacarse que la dirección y ordenación notarial de la actividad realizatoria se cohonesta con una minuciosa regulación de los trámites a seguir y de las incidencias que eventualmente puedan aparecer; que *la posible colisión entre los derechos del acreedor y los de terceros se resuelve por el exclusivo criterio de la prioridad registral*, de sencilla constatación por parte del Notario, sin perjuicio del establecimiento de un cauce adecuado para resolver posibles tercerías de mejor derecho, que no paraliza la enajenación del bien y que la regulación de la suspensión del procedimiento (por las mismas causas previstas para el procedimiento judicial sumario en la Ley Hipotecaria), se conjuga con la debida salvaguarda del derecho de impugnación de la hipoteca objeto de ejecución en tanto ésta no se haya consumado.

sencia de aquél en el proceso con las inherentes consecuencias favorables —aunque sólo fueran temporales— que ello les supone, podemos concluir junto a CLEMENTE MEORO (8) cómo el acreedor hipotecario puede ver disminuidas las garantías de su crédito cuando aparece un tercero, pues se limita la responsabilidad hipotecaria respecto a los intereses correspondientes a los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente frente a la garantía de todos los intereses impagados y no prescritos cuando no existe dicho tercero. Así lo expresaba ya la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, ya que cuando no hay tercero “conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses”; y así se desprende del artículo 146 de la Ley Hipotecaria, que admite la ejecución hipotecaria para el cobro de los intereses y sólo limita tal ejecución ante un tercero interesado; y del artículo 114, que sólo establece un tope máximo de intereses asegurados para evitar perjuicios a un tercero. En efecto, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria limita la responsabilidad hipotecaria por intereses del crédito cuando aparece un tercero al disponer que “salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente”; asimismo, el artículo 146 de la L.H. establece que “el acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al artículo 114”.

(8) CLEMENTE MEORO, Mario E.: “El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente”. *Revista General de Derecho*, n.º 579, diciembre 1992, págs. 11.279 y ss.

B) Doctrina sobre la naturaleza y efectos de la anotación preventiva de embargo.

Para un correcto planteamiento de la cuestión que tratamos de analizar en estas páginas, resulta conveniente asimismo tener en consideración propedéuticamente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros sobre la naturaleza y efectos de la anotación preventiva de embargo en nuestro Ordenamiento jurídico. Veámosla en las siguientes Resoluciones más representativas:

“La afección de los bienes del deudor que el embargo comporta alcanza su significado más relevante por medio de la anotación preventiva, garantía registral en seguridad de la realización ejecutiva de la finca o derecho real embargado frente a posteriores adquirentes (Ss. 8 de julio de 1975 y 3 y 19 de octubre de 1981, entre otras), que tiene su precedente histórico en la antigua hipoteca judicial («*pignus iudiciale*» o «*in causa iudicata captum*»), como la doctrina hipotecaria ha recordado (Resoluciones de la D.G.R. de 13 de junio de 1952 y 11 de febrero de 1964), pero ello no significa que la falta de su práctica en los libros tabulares lleve a desconocer la existencia de la traba y la consiguiente limitación del poder dispositivo del deudor, que en principio no podrá enajenar ya libremente, es decir, sin la carga del embargo, sustrayendo los bienes al proceso de ejecución, pues la garantía registral es una fase de la actividad procesal compleja, sin que venga permitido establecer equivalencia entre el embargo y la anotación preventiva” (STS 3-11-1982).

“En trance de dilucidar la eficacia de la traba frente al posterior adquirente de los bienes sometidos a la ejecución, hay que partir de que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 L.E.C. y 43.2 L.H., según ya señaló la Res. de 22-11-1929, lo que permitirá pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aun sin aquél asiento, que surtirá plenos efectos con relación al ulterior dueño que conoció antes de adquirir la existencia de la afección, pues como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 27-9-1969, para resolver en cada caso particular lo procedente en derecho, más que al aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como un acto constitutivo o meramente complementario, se ha de fijar el Juzgador en quiénes y en qué circunstancias se encuentran las personas a las cuales puede afectar el embargo que se decretó, y aún no anotado preventivamente en el Registro, «no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del mismo ni el deudor ni quien a sabiendas cooperó en la realización de cualquier

acto fraudulento de los derechos del embargante, pero protegiendo íntegramente en su adquisición a quienes de buena fe se apoyaron para inclinar su voluntad en la ausencia de cargas o limitaciones puestas de manifiesto por el Registro en el momento de la adquisición»". (STS 3-11-1982).

"Dado que el asiento de presentación no sólo determina la prioridad registral (art. 24 L.H.), sino que inicia los efectos tabulares de los títulos, aun sin necesidad de practicar el asiento definitivo (art. 17), es claro que mientras subsista despliega eficacia como si tales asientos se hubiesen practicado, lo que ha permitido afirmar a la precitada STS de 27-9-1967 que los efectos jurídicos del embargo serán plenos y alcanzarán a terceros «a partir del momento en que se extienda el correspondiente asiento de presentación del mandamiento expedido»". (STS 3-11-1982).

"Las anotaciones registrales de embargo de acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo no pueden producir efectos contra las adquisiciones jurídicas efectuadas con anterioridad, sobre el inmueble de que se trate, aunque no hayan sido inscritas, ni siquiera anotadas" (STS 24-3-1983).

"Como ya sancionó la S. de esta Sala de 5-7-1917, reiterando jurisprudencia, «La anotación preventiva de un embargo practicada por mandamiento judicial tiene por finalidad principal el garantizar con los bienes en que aquélla se realiza las responsabilidades nacidas del crédito que motivó el despacho de la ejecución y que han de hacerse efectivas en el procedimiento adecuado, pero en manera alguna modifica esa anotación la naturaleza jurídica de dicho crédito, ni convierte, por tanto, en derecho real sobre la finca anotada el personal que se trata de hacer efectivo en aquel juicio especial; por lo que tiene también sancionado la jurisprudencia que la preferencia que otorga la anotación sobre los bienes anotados al acreedor que la obtuvo, se refiere solamente a los que tengan contra el mismo deudor otros créditos contraídos por éste con posterioridad a dicha anotación», puntualizando la de 14-12-1968 «que la anotación preventiva de embargo no atribuye, por sí sola, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales presentes» y, aclarando, en definitiva, la ya citada S. 17-3-1978 «que el embargo como acto procesal, y la anotación que es su proyección registral, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones —S. 21-2-1975, que a su vez invoca las de 20 de enero y 18 de febrero de 1954 y 12 de junio de 1970—". (STS 18-11-1985). "El art. 38 L.H. consagra, como pone de relieve la tercerista, el principio de legitimación registral, pero tal principio, a diferencia del de fe pública registral que el art. 34 de la propia Ley sanciona, establece sólo una presunción que por su carácter de «iuris tantum» admite prueba en contrario, siendo precisamente la condición de «tercero» de la recurrente

en orden a la obligación contraída por el deudor ejecutado y responsabilidad patrimonial que para la tercerista pueda derivarse de la misma, lo que ha sido debatido en el litigio con todas las garantías procesales y es, en definitiva, como establecieron las Ss. de esta Sala de 2-2-1984 y 15-2-1985, cuestión que ha de examinarse con prioridad a la de dilucidar la de la propiedad de los bienes embargados, «indagando acerca de si el demandante de tercería es propiamente “tercero”, es decir, no el deudor, pues éste es el primero de los requisitos a tener en cuenta como esenciales de esta acción», todo lo que obviamente determina la corrección con que la resolución impugnada procedió al analizar, antes de acceder a la pretensión de cancelación del embargo postulada por la tercerista, si la misma en relación a la obligación que había originado la deuda reclamada en el procedimiento ejecutivo era «tercero» en sentido técnico, así como, en su caso, si por la naturaleza jurídica del bien objeto de la tercería en el momento de contraerse la obligación, dicho bien debía responder del pago de la deuda reclamada”. (STS 20-2-1987).

Sobre preferencia en bienes embargados véase la Resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de noviembre 1991, en que se debate sobre la virtualidad cancelatoria de un mandamiento judicial dictado en autos de juicio ejecutivo, respecto de las anotaciones de embargo posteriores a la ordenada en aquel procedimiento a favor del actor, habida cuenta que el precio de remate del bien trabado fue superior a lo que por principal, intereses y costas se consignó en la anotación del embargo ordenada en dicho procedimiento, y que no se expresó en el mandamiento cancelatorio cuestionado que dicho exceso fuera puesto a disposición de los titulares de las anotaciones de embargo posteriores, cuya cancelación se ordenaba, sino que en él se manifestaba que no hubo sobrante, toda vez que el importe definitivo de las costas causadas superó con creces la cantidad inicialmente estimada para cubrir éstas. “Se trata de una materia ardua y de difícil solución debido a su ubicación en la confluencia de ramas diversas del ordenamiento jurídico (Derecho Procesal, Derecho Hipotecario y Derecho Civil), y a la dispersión y carácter fragmentario de la normativa al respecto, que se ha ido produciendo de una manera gradual, y sin procurar una adecuada armonización

de las sucesivas modificaciones con el esquema normativo general en el que se insertaban.

De las normas civiles e hipotecarias resulta que la anotación preventiva de embargo no confiere por sí ninguna preferencia sustantiva en relación con los créditos ya existentes cuando la anotación se practica (*cfr.* arts. 44 L.H. y 1.923-4 C.c.) y que en nada se alteran, tampoco, las reglas procesales de ejecución singular o colectiva de los créditos ni las establecidas para hacer valer el mejor derecho que el acreedor —tenga o no en su favor anotación preventiva de embargo— pudiera ostentar frente a un acreedor ejecutante en cuyo favor estuviere practicada con anterioridad anotación de embargo.

226

En nuestro sistema procesal, es principio incontrovertido que embargado un bien del deudor para la efectividad de cierta deuda suya, cualquier otro acreedor meramente personal de aquel que pretenda cobrarse con cargo al bien trabado, deberá concurrir al procedimiento en que se decretó la traba, bien por la vía de la tercería de mejor derecho, por considerar que su crédito es preferente al del actor (arts. 1.532 y ss. L.E.C.), bien por la vía de la petición de retención del sobrante que en aquél resulte después de atendidas todas las responsabilidades que en él se hayan hecho valer (art. 1.516-2.º L.E.C. y 1.165 C.c.), bien mediante la promoción del correspondiente procedimiento de ejecución colectiva si se dieren los presupuestos para ello, caso en que se haría el pago por el orden que corresponda (*vid.* arts. 1.912 y ss. C.c., 1.156 y ss. L.E.C. y en su caso, los correspondientes a la Legislación mercantil).

En el primero y tercero de los casos señalados, el orden de cobro será el que resulte de la respectiva preferencia entre los créditos concurrentes (*vid.* arts. 1.520, 1.536 y 1.286 y ss. L.E.C.). En el segundo, en cambio, se establece claramente que con independencia de la preferencia entre el crédito del actor y el de quien hubiere solicitado la retención del sobrante, éste se limitará exclusivamente al remate

que resulte después de satisfecho íntegramente el actor de todo cuanto le corresponda percibir, así por capital e intereses, como por costas. Los arts. 151-2.º y 1.520-1.º no pueden ser más categóricos al respecto: todas las sumas realizadas en el procedimiento, quedan afectas a la íntegra satisfacción del actor, y sólo después de producida ésta, se determinará el sobrante que será retenido en beneficio de otros acreedores personales del deudor que no hubiesen interpuesto y triunfado en la oportuna tercería de mejor derecho.

Así pues, si prescindiendo del procedimiento de ejecución colectiva, es precisa la interposición y estimación de la oportuna tercería de mejor derecho para que un acreedor distinto del ejecutante se anteponga a éste en el cobro con cargo al bien trabado y rematado, difícilmente podrá admitirse que, por la cómoda vía de la incoación de un nuevo procedimiento contra el embargado y la obtención de un segundo embargo (anotado) sobre el mismo bien, pueda cualquier otro acreedor —que por la anotación primera ya conoció o pudo conocer por el Registro mismo que estaba entablado un procedimiento de ejecución sobre el mismo bien— menoscabar el legítimo derecho que al primer anotante atribuyen los arts. 1.516 y 1.520 L.E.C., restringiendo a la cantidad consignada en su anotación —y no a todas las sumas realizadas— la pretensión del primer ejecutante de cobro íntegro y preferente con cargo al precio de remate del bien trabado y en el procedimiento por él instado”.

227

III. Concepto y caracteres del denominado “tercer poseedor”

No cabe duda alguna que para el propósito que nos hemos propuesto resulta de capital importancia, con carácter previo, delimitar asimismo el concepto de “tercer poseedor” que utilizaremos.

Es bien sabido, cómo el concepto de tercer poseedor no

es acogido gratamente por gran parte de la doctrina española y, en muchas ocasiones incluso los autores se refieren a figuras distintas al emplearlo.

Así, ha llegado a decir con acierto CLEMENTE MEORO (9) que este concepto varía según el ámbito en que nos situemos, ya que las personas que pueden y deben considerarse terceros poseedores son distintas según se trate de la extensión objetiva de la hipoteca, la extensión del crédito garantizado, la distribución de la responsabilidad cuando se hipotecan varias fincas y los diversos procedimientos de ejecución hipotecaria. Afirmando seguidamente que en los tres primeros supuestos es más amplia, con matices entre ellos, que en el cuarto, en que, a pesar de que el trato entre los terceros poseedores en sentido estricto —adquirentes de la propiedad, el usufructo, el dominio útil o el dominio directo— y los demás terceros —titulares de cargas y gravámenes— es prácticamente el mismo, sin embargo, la legislación hipotecaria parece distinguirlos.

ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (10) proponen como denominación más correcta para designar al tercer poseedor la de “*tercer adquirente del bien hipotecado*” al entender que el concepto de tercer poseedor resulta a todas luces inexacto e impropio.

Otros autores, por su parte, como LÓPEZ DE HARO, estiman que “el tercer poseedor ni es poseedor ni es tercero, sino que es el propietario de cosa que él hipoteca, o que cuando él la adquiere a título singular ya está afectada a una hipoteca” (11).

Estamos con CLEMENTE MEORO (12) que la primera nota distintiva del tercer poseedor es, precisamente, su carácter de tercero. Esta situación, a su vez, se da en un doble ámbito. En primer lugar, es tercero

(9) CLEMENTE MEORO: *Ob. cit.*, págs. 11.255 y ss.

(10) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-1.º, 7.ª edición, Barcelona, 1979, pág. 309.

(11) LÓPEZ DE HARO, C.: “El tercer poseedor de finca hipotecada”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, pág. 355.

(12) CLEMENTE MEORO: *Ob. cit.*, págs. 11.257.

en cuanto a la obligación garantizada, es decir, no es deudor. En segundo lugar, es tercero en cuanto a la constitución de la hipoteca, esto es, no hipotecó un bien propio en garantía de una obligación, ni siquiera en garantía de una obligación ajena.

Sin embargo, es evidente —y este es el segundo punto en que hemos de hacer hincapié— que guarda alguna relación de titularidad con el bien o derecho hipotecado —normalmente es su propietario—, de ahí que se le llame, de manera imprecisa (por excesivamente amplia), tercer poseedor. Esta su titularidad sobre el bien hipotecado determina que el tercer poseedor ocupe un lugar en la zona reservada a los sujetos pasivos en la relación hipotecaria; posición que, como hemos señalado, es distinta de la del deudor y de la del hipotecante por débito ajeno. La figura del tercer poseedor es consecuencia del carácter de derecho real de la hipoteca.

IV. La intervención del tercer poseedor no demandado en juicio ejecutivo ordinario en que se traban bienes que le han sido transmitidos por quien según el Registro aparecía con facultades para hacerlo

229

Así, tratándose de un procedimiento ejecutivo ordinario, independientemente, en principio, de si se ejercita sólo la acción personal o si, además, se ejercita la acción real derivada de la hipoteca, resulta imprescindible, examinar el momento procesal oportuno en el que el tercer poseedor dentro de este tipo de procedimiento ha de tener conocimiento del proceso —dando por supuesto que alguna intervención haya de tener en él— y, en concreto, si ha de ser parte en la fase de alegaciones prevista en el artículo 1.463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de que pueda invocar las alegaciones y excepciones procedentes (purga de una hipoteca anterior, extinción de la obligación garantizada, renuncia del acreedor, compensación, etc.), y de este modo pueda hacerse efectiva la tutela judicial de sus intereses legítimos en la finca que a consecuencia de la sentencia de remate sufrirá la ejecución.

Conviene señalar con carácter previo para una mejor comprensión de la cuestión objeto de estudio, según es bien

sabido, cómo en los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de juicio ejecutivo ordinario no se contemplaba en ningún momento el requerimiento al tercer poseedor de bienes hipotecados (13); es más, cuando conforme al artículo 1.489 de dicha Ley procesal se solicita la certificación registral, lo es ya en el *procedimiento de apremio y una vez superada la sentencia de remate que pone fin a dicho juicio* y, tal certificación aparecía con anterioridad a la modificación operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, referida exclusivamente a las cargas del inmueble (14), sin hacer mención del titular del dominio —con la nueva redacción del precepto realizada en abril del pasado año también se expresará la titularidad del dominio y de los demás derechos reales de la finca o derecho gravado— por lo que parece en principio que el legislador sólo tenía “*in mente*” el supuesto de que deudor y propietario de la finca sean una misma persona, pero no el caso relativamente frecuente en que ambos conceptos estén disociados por haber transmitido el deudor la finca —en este caso gravada con hipoteca— a un tercero, y se ha ejercitado no sólo la

(13) Recentísimamente la promulgación de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas de Reforma Procesal (BOE de 5 de mayo) ha trastocado nuestra exposición al modificarse, en cuanto ahora nos interesa, la redacción de los artículos 1.453, 1.489 y 1.490 de la L.E.C.

(14) Con la nueva redacción dada al artículo 1.489.1 L.E.C. la certificación registral también expresará ahora la titularidad del dominio y de los demás derechos reales de la finca o derecho gravado al quedar citado precepto redactado así: “1.º Que se expida mandamiento al Registrador de la Propiedad para que libre y remita al Juzgado certificación en la que conste la titularidad del dominio y de los demás derechos reales de la finca o derecho gravado así como las hipotecas, censos y gravámenes a que estén afectos los bienes, o que se hallan libres de cargas”.

La nueva redacción establece que el Registrador deberá comunicar al órgano judicial la *existencia de ulteriores asientos* que pudieran afectar al embargo anotado (1.453.2 L.E.C.) así como comunicar, también el Registrador, a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en *asientos posteriores* al del gravamen que se ejecuta, el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el *avalúo y subasta de los bienes, si les conviniera*. Estas *comunicaciones* que, en verdad, mejoran el sistema anterior, particularmente en lo que se refiere a titulares de asientos posteriores, debieran hacerse constar en las actuaciones judiciales para evitar pretendidas nulidades procesales basadas en su ausencia o defectuosa práctica.

acción personal derivada del crédito, sino la acción real derivada de la hipoteca. Para este segundo supuesto, además de la Ley de Enjuiciamiento Civil habrá que tener en cuenta lo dispuesto en la legislación hipotecaria que completa la normativa legal en las relaciones entre acreedor y tercer poseedor de los bienes hipotecados.

Para una solución acertada conviene distinguir entre:

A) Que el tercer poseedor ya conozca o pueda conocer al tiempo de efectuar su adquisición, la existencia del procedimiento ejecutivo ordinario en trámite sobre el bien derivado del crédito hipotecario insatisfecho, dado que en los libros registrales está ya practicada la correspondiente anotación de embargo (15); o

B) Que al tiempo de la adquisición ese tercero conozca sólo la existencia de la hipoteca que grava la finca comprada, por no haberse iniciado todavía el procedimiento de ejecución en el juicio ejecutivo ordinario.

A pesar del interés doctrinal que el análisis de ambos supuestos podría tener, nosotros nos referiremos únicamente al segundo por tratarse de la cuestión que mayor complejidad y dudas puede suscitar desde un punto de vista procesal.

Así, limitándonos exclusivamente al supuesto de que el tercero conozca solamente al tiempo de la adquisición la existencia de la hipoteca que grava la finca objeto de la compraventa, por no haberse iniciado todavía el procedimiento de ejecución en el juicio ejecutivo ordinario, puede concluirse que, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que

(15) DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 405, "tampoco puede decirse que los derechos que son objeto de anotación preventiva carecen de carácter real... Pues bien, según la más autorizada doctrina procesalista, *el embargo crea un derecho real en favor del acreedor embargante* sobre las cosas embargadas, muy similar a los derechos reales de garantía. En virtud del embargo nace una afección real, una sujeción de los bienes a los efectos de la acción ejecutiva que el acreedor prosiguc. En este sentido no puede olvidarse que el "embargo" es en su origen un derecho de prenda, un "pignus" (*pignus judiciale; pignus in causa judicata captum*)".

recoge la normativa básica del procedimiento, no imponía expresamente el que hubiera de ser el tercer poseedor parte o incluso notificado (16) o requerido en el procedimiento con anterioridad al trámite de avalúo y subasta, habrá de examinarse si de los preceptos complementarios referentes a la regulación en nuestro Ordenamiento del derecho real de hipoteca puede resolverse la cuestión.

La solución adecuada no es pacífica en la doctrina por cuanto resulta muy discutida ya que se perfilan diversidad de opiniones que, pueden concretarse básicamente en las dos siguientes:

A) La que sostiene que el acreedor no está obligado a dirigirse contra los terceros poseedores, pudiendo dirigirse contra el deudor en juicio ejecutivo y embargar en ejecución de sentencia la finca hipotecada (*vid.* STS de 30 de enero de 1906), bastando, en cualquier caso, que los terceros poseedores (17) sean requeridos judicialmente de pago una vez advertido el cambio en la titularidad del dominio, si no se opusieran a la ejecución ni a la venta judicial (arg. art. 1.477 L.E.C. en relación con el 71, 126 y concordantes de la L.H. y 222 y ss. Regl. Hipotecario).

232

(16) Señala RAMOS FOLQUES: "El problema de la notificación a los anotantes posteriores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, págs. 625 y siguientes, cómo el silencio respecto a la notificación a posteriores inscribientes o anotantes no quiere decir que élla no sea exigible, sino todo lo contrario, ya que respecto a los segundos o posteriores acreedores hipotecarios es preceptiva en los casos de ejecución real hipotecaria, por ordenarlo el artículo 1.490 de la L.E.C., y para esos mismos segundos acreedores hipotecarios en los casos de ejecución por acción personal, y para todos los posteriores inscribientes o anotantes, tanto en las ejecuciones personales o reales, a virtud del artículo 223 del Reglamento Hipotecario y de su precedente legal, o regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

(17) Díez-PICAZO, *Ob. cit.*, pág. 413, "El anotante no es tampoco un tercero hipotecario. Es tercero, dice el art. 34, el adquirente de buena fe «que haya inscrito su derecho». El acreedor hipotecario, por ejemplo, que recibe su derecho de hipoteca de un titular registral *non dominus*, al inscribir consolida su derecho. En cambio, el acreedor embargante que traba una finca que en el Registro aparece a nombre de su deudor no es un tercero protegido por la fe pública. Un adquirente anterior de la finca embargada, aunque no haya inscrito, puede hacer ineficaz el embargo (art. 32 L.H.)".

B) La que establece que de los artículos 126 y 127 de la L.H. se deduce que el requerimiento que imponen al tercer poseedor ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado.

Nosotros, en una primera aproximación, consideramos acertada y más apropiada la tesis propugnada en esta última de que el acreedor ha de dirigirse con carácter previo al tercer poseedor requiriéndole de pago como paso previo y esencial para que pueda posteriormente dirigirse contra el bien hipotecado. El fundamento de esta opinión hay que encontrarlo ya en la Ley Hipotecaria de 1861, en la que aparecía con toda claridad el carácter previo y complementario del requerimiento al tercer poseedor, pues en ella se declaraba como requisito para que el acreedor pudiera pedir *“que se despache mandamiento de ejecución contra los bienes hipotecados”* —art. 133 L.H. de 1861—, aclarando además su Exposición de Motivos que *“ha de acudir al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición, es el dueño de la finca hipotecada”* y, si requerido el tercer poseedor tampoco paga éste, ni desampara los bienes hipotecados, entonces el acreedor puede ya entablar *“la acción ejecutiva contra los mismos bienes”*. La misma consecuencia se deduce del propio tenor de los artículos 126 y 127 de la vigente Ley Hipotecaria ya que sólo el requerimiento previo es el que abre las amplias posibilidades que para el tercer poseedor señalan esos artículos: pagar, desamparar u oponerse y ser por tanto considerado como parte respecto del procedimiento, aparte de que sólo así pueden entenderse con él, todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes.

Sin embargo, aun así, todavía conviene precisar que conforme a lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, el tercer poseedor, en el caso señalado en el último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, tendrá derecho a intervenir en el procedimiento con arreglo al artículo 134 de la misma, pero sólo deberá ser citado, a los

efectos del artículo 126 L.H. antes mencionado, ***cuando hubiere inscrito su derecho con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas*** prevenida en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que interpretando el citado artículo 143 del Reglamento Hipotecario, a *sensu contrario*, queda claro que cuando el tercer poseedor no haya inscrito su derecho con anterioridad a la certificación de cargas no tendrá que ser citado al juicio ejecutivo ordinario y, en consecuencia, no será precisa su intervención procesal, dada la expresión de citado precepto “sólo deberá ser citado” cuando no haya inscrito antes de la expedición de dicha certificación de cargas.

234

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, en cualquier caso, de no hacerlo así, es decir, de ser el tercer poseedor notificado de la pendencia del proceso, emplazándosele personalmente si ello resultase factible, se estaría infringiendo flagrantemente principios procesales y garantías constitucionales como los principios de audiencia (*nemo inauditus dam-nari potest*) que supone que hay que dar oportunidad a cada parte de participar en cada una de las fases del proceso, desde el mismo momento de iniciarse la litispendencia, de igualdad y contradicción que, fundados en la bilateralidad de la acción, se traduce, por un lado, en igualdad jurídica de expectativas y cargas de las partes, y por otro, en deber de diligencia: *vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*.

Refiere RAMOS MÉNDEZ (18), al tratar de las garantías específicas del proceso, que la metodología que ha seguido el Tribunal Constitucional para enuclear este principio de igualdad de las partes en el proceso, ha sido atender al posible resultado de indefensión que un determinado comportamiento o actuación procesal pueden producir, indefensión que viene aludida expresamente en el artículo 24.1 de la Constitución. Así, señala el Tribunal Constitucional que la tutela efectiva supone que la igualdad entre las partes, pro-

(18) RAMOS MÉNDEZ, págs. 347 y ss.

pia de todo proceso en que éstas existan, sea asegurada de forma que no se produzca desigualdad entre las mismas y consiguientemente indefensión (STC de 22-4-1981). Este resultado puede originarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad, o si se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal (STC 23-7-1981).

El Tribunal Constitucional ha entendido encuadradas en el artículo 24 CE, asimismo, los principios de audiencia y contradicción enucleándolos bajo la perspectiva de un posible resultado de indefensión que su inobservancia pudiera producir.

La primera manifestación obvia de los mismos es el derecho a ser notificado de la pendencia del proceso, es decir, al emplazamiento y, ante todo, al emplazamiento personal, siempre que ello resulte factible: “El artículo 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados —e incluso coadyuvantes—, siempre que ello resulte factible, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente, aun cuando no se oculta a este Tribunal —dada la variedad de hipótesis que pueden plantearse— que la consecución plena de este resultado puede exigir un cambio legislativo” (STC 31-3-1981 y 20-10-1982).

Desde un punto de vista hipotecario o, más correctamente, registral, conviene señalar como consecuencia ineludible de no haber intervenido el tercer poseedor, titular registral, en el procedimiento ejecutivo ordinario —o en cualquier otro— en que se traban bienes inmuebles que le han sido transmitidos por quien según el Registro aparecía con facultades para hacerlo que, cuando no se ejercite la acción real hipotecaria o no conste su ejercicio en el man-

damiento judicial en que se ordene conforme al artículo 1.453 L.E.C. la anotación preventiva de embargo correspondiente, ésta no se practicará por constar precisamente enajenada a tercero —hipotecario— y, en consecuencia, si el procedimiento judicial continúa su curso, resultará finalmente que no se podrá (19), sin quebrar los principios registrales básicos (tracto sucesivo, legitimación, etc.) (20), proceder a

(19) Respecto a la inscripción de resoluciones judiciales véase la Res. de la D.G.R.N. de 13 de febrero de 1992 que establece que “ni siquiera las resoluciones judiciales pueden entrar automáticamente en el Registro sin pasar por el tamiz de la calificación registral. Ahora bien, la obligación general de cumplir las resoluciones judiciales exige que el Registrador limite su calificación sobre las resoluciones judiciales al exclusivo fin de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si en el procedimiento objeto de la resolución no ha tenido la intervención prevista por la Ley en las condiciones mínimas exigidas, según el caso, para conseguir que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— debe ser entendido el art. 100 del Reglamento Hipotecario en congruencia con los arts. 1.º, 20 y 40 de la Ley. En modo alguno puede el Registrador ir más allá y, al calificar determinada resolución dictada por el órgano judicial competente para resolver en procedimiento adecuado entablado contra el titular registral, enjuiciar si los razonamientos jurídicos por los que el juzgador concluye su fallo están ajustados a Derecho o si el fallo ha de ser tachado de ilegal, aunque limite esta tacha a los efectos registrales. No es, entonces, ya el Registrador sino el titular registral, parte en el procedimiento, a quien incumbe, por los medios procesales oportunos (incluida la promoción de un conflicto de jurisdicciones, si es el caso) la defensa contra la posible ilegalidad”.

(20) En este sentido exponen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Ob. cit.*, pág. 1145 y ss. cómo para la inscripción del auto de adjudicación es necesario que el tercer poseedor haya sido requerido de pago o notificado de la existencia del procedimiento de ejecución, por tratarse de una exigencia del principio de tracto sucesivo registral.

Este requisito es común a todo proceso de ejecución. Con referencia al procedimiento ejecutivo ordinario, la Res. de la DGR de 17 de julio de 1908 declara que los arts. 20, 76 (entonces 77) y 82 de la Ley Hipotecaria no autorizan para declarar inscribible un auto de adjudicación obtenido en un procedimiento ejecutivo sin requerimiento, notificación ni audiencia del tercer poseedor, sin que puedan ser aplicables los conceptos sentados por la Sentencia de 13 de enero de 1906, pues en el caso a que la misma se refiere constaba al tercer poseedor la existencia del procedimiento.

La necesidad de este trámite del requerimiento o notificación de la existencia del procedimiento actúa en todo caso, incluso cuando se trate del propietario deudor que continúa siéndolo al iniciarse el procedimiento y conserva su propiedad en todo el curso del mismo; pero las cosas se complican en otro caso. Tampoco existe inconveniente alguno respecto al tracto sucesivo en relación a sus herederos cuando el propietario deudor hipotecante ha dejado de serlo por haber fallecido. Si ha

la inscripción posteriormente del título de dicha ejecución, es decir, el cambio de titularidad de los bienes judicialmente ejecutados, al no constar tampoco el consentimiento del titular registral (21). Así lo ha entendido últimamente la Di-

enajenado la cosa hipotecada antes de iniciarse el procedimiento de ejecución, dicho trámite de requerimiento o notificación no ofrece problema, así como tampoco lo ofrece si el tercer adquirente, o sea, el tercer poseedor inscrito después de extendida la nota marginal correspondiente, se persona en el procedimiento acreditando la inscripción de su adquisición. El problema surge —continúan estos autores— cuando este tercer adquirente que ha inscrito su adquisición no se persona en los autos, pues entonces el procedimiento se desenvuelve y termina a espaldas del mismo.

Un supuesto que estos autores entienden implica una especial modalidad en el principio de tracto sucesivo sucederá cuando después de extendida nota marginal de incoación, un tercero haya adquirido e inscrito a su favor la propiedad de la finca hipotecada objeto de la ejecución, sin que este tercer poseedor se haya personado en el procedimiento por no hacer uso del derecho que le concede el art. 134 L.H. ya que como en este supuesto el auto de adjudicación resultaría dictado en representación de un tercer poseedor distinto del que figura inscrito como propietario, parece que esto envuelve cierta irregularidad, no por falta de notificación a este nuevo tercer poseedor, puesto que la referida nota marginal hace las veces de notificación, sino por pretender la inscripción un acto de transferencia otorgado a nombre de una persona distinta del titular según el Registro. Estos autores entienden que tal auto será inscribible con tal de que se expida a nombre del titular registral.

Por otro lado GUASP (*La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, pág. 167) concluye que para obviar la designación concreta del titular registral en representación del cual el Juez aprueba el auto de adjudicación bastaría la expresión genérica “en nombre del dueño”.

(21) Téngase en cuenta que, con anterioridad a la reciente reforma procesal, una vez adjudicada la finca previa la correspondiente subasta, la escritura de adjudicación podía otorgarse por el Juez en nombre del titular del dominio —u otro derecho real— según el Registro. Tras la reforma se suprime el otorgamiento de escritura pública ante Notario, siendo título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate, y en el que se exprese que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 1.514 L.E.C.).

En nuestra opinión, tras la reforma y, particularmente cuando no exista previa inscripción registral de los bienes judicialmente ejecutados pueden producirse frecuentes negativas de los Registradores a inscribir fundándose en defectos del testimonio que pueden retrasar la protección registral del rematante. Algún autor, MANTILLA RODRÍGUEZ, en *Comentarios a la reforma procesal*, Col. Proc. de Cantabria, 1992, ha llegado incluso a apuntar que “el deficiente sistema de archivo judicial, que contrasta con el cuidado Protocolo notarial, obligará a extremar las precauciones, ya que el frecuente extravío de las actuaciones judiciales puede dificultar la justificación de los derechos adquiridos en subasta no inscritos en el Registro de la Propiedad”.

rección General de los Registros y del Notariado en la reciente Resolución de 3 de febrero de 1992, anteriormente referida.

V. Hipótesis posibles de intervención del tercer poseedor no demandado en el juicio ejecutivo ordinario. La tercera registra

238 Planteada ya la cuestión básica que pretendemos analizar en las presentes páginas que, como ha quedado señalado, consiste en la posición procesal que ha de ocupar el tercer poseedor en el juicio ejecutivo en que se traban bienes que le han sido transmitidos por quien, según el Registro, aparecía con facultades para hacerlo, sólo queda ya preguntarnos en qué concepto y, en su caso, a través de qué mecanismo procesal puede dársele entrada al proceso ya comenzado. Evidentemente partimos de la hipótesis de que al comenzar el procedimiento no ha sido llamado como demandado y es, por tanto, en sentido amplio, tercero procesal, pues, de haberlo sido carecería de razón de ser todo lo que se exponga.

En primer lugar, señalaremos brevemente algunas posibilidades que podrían admitirse para conseguir la participación del tercer poseedor al proceso ejecutivo ya iniciado y, finalmente, expondremos el mecanismo procesal a nuestro entender correcto. Las hipótesis posibles de intervención del tercer poseedor preterido en el juicio ejecutivo ordinario podrían concretarse a meros efectos dialécticos, con más o menos acierto según los casos, en los siguientes:

1.º) Apreciando de oficio la **excepción de litisconsorcio pasivo necesario**. Es decir que, constando por la certificación del Registro que la finca hipotecada ha sido transmitida a un tercero el Juez de la instancia podría estimar en ese preciso momento de oficio la excepción de litisconsorcio

pasivo necesario (“*exceptio plurium litisconsortium*”) también denominada jurisprudencialmente de “defectuosa constitución de la litis” que, como ha tenido ya ocasión de afirmar el Tribunal Supremo, puede ser estimada de oficio en cualquier momento del procedimiento por cuanto, al tratarse de una excepción procesal afecta al orden público. En este sentido la doctrina (RAMOS MÉNDEZ, CORTÉS) se inclina por mantener que el litisconsorcio necesario no constituye un presupuesto procesal por lo que debe ser tratado como problema de legitimación *ad causam*.

Una vez admitida la excepción de litisconsorcio pasivo necesario puede conseguirse la presencia en el proceso del litisconsorte pasivo preterido, tercer poseedor de la finca hipotecada, a través del mecanismo de la acumulación de autos planteando nueva demanda esta vez contra el litisconsorte tercer poseedor de la finca y solicitando seguidamente la acumulación de procesos al amparo de lo dispuesto en el art. 161.5.º L.E.C. en relación con el art. 162.4.º

239

2.º) **La intervención provocada o forzosa.** En efecto, aunque no está regulado en nuestro Ordenamiento procesal la figura de la intervención provocada o forzosa, si bien su existencia ha sido minuciosamente construida y admitida ya por la doctrina procesalista, podría discutirse la subsanación de la ausencia del litisconsorte en el proceso ya incoado mediante el mecanismo de la intervención de terceros en el proceso en su modalidad de intervención provocada, forzosa o coactiva (FAIREN (22), CHIOVENDA).

Es sabido cómo, según CHIOVENDA, en la intervención forzosa es preciso que se cuestione el mismo objeto y la

(22) Para FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, pág. 319, consiste en que, una de las partes en proceso pendiente, se dirija a un tercero comunicándole la existencia de tal proceso, para “involucrarlo” en él, más o menos directamente; haciéndole intervenir en citado proceso, si no interviene, le amenaza, por parte de quien le comunique la existencia de tal proceso que le afecte, un nuevo proceso, si aquélla perdiere el pendiente.

misma *causa petendi* que podría ser materia de litigio frente al tercero o promovida por el tercero, y que habrían podido darle la posición de litisconsorte con el actor o con el demandado.

Un supuesto de intervención forzosa que podría tener cabida a los efectos que ahora nos interesan es la denominada *laudatio o nominatio auctoris* que consiste en la citación que efectúa el demandado que le ha sido reclamada la propiedad o posesión de una cosa, sobre la que disfrute determinados derechos (arrendamiento, usufructo, etc.) al propietario para que intervenga en el proceso a defender sus derechos (23).

240 3.º) **La intervención principal o tercería excluyente y la intervención adhesiva simple o tercería coadyuvante.** En cualquier caso, de no haber estimado al tercer poseedor como parte legítima en el procedimiento ejecutivo ordinario y, por tanto, no estimándose la excepción de litisconsorcio pasivo necesario dándole entrada al proceso bien a través del mecanismo de la acumulación de autos, bien mediante la figura doctrinal de la intervención provocada o coactiva, es lo cierto que el tercer poseedor de la finca hipotecada puede intentar su incorporación al proceso ejecutivo mediante el mecanismo, también huérfano de regulación en nuestro Derecho pero construido por la doctrina procesalista, de la denominada *intervención principal* (24) que se configura como la comparecencia en un juicio ya iniciado pendiente entre otros dos litigantes, para dirimir frente a éstos, una nueva pretensión, basada en la alegación de un derecho propio y distinto sobre el objeto del proceso e,

(23) DÁVILA MILLÁN, M.^a E.: *Litisconsorcio necesario, concepto y tratamiento procesal*. Bosch, 2.^a ed., Barcelona, 1992, pág. 44.

(24) Señala FAIREN GUILLÉN, *Ob. cit.*, pág. 311, siguiendo la distinción formulada por STEIN entre litigio, proceso y procedimiento que el interviniente principal, crea dos nuevos litigios, formando así un conjunto de tres; pero los tres se insertan en el mismo proceso.

incluso, en el difícil pero posible supuesto de que se negara también este derecho propio y distinto sobre el objeto del proceso, a través del mecanismo de la *intervención adhesiva simple* que, como es de sobra conocido, consiste en que el tercero en un proceso —en nuestro caso tercer poseedor— comparece en un juicio ya comenzado pendiente entre dos litigantes para sostener y apoyar con alegaciones y pedimentos, en interés propio, las pretensiones de alguna de las partes, sea la actora o, como en este caso, la demandada, para intentar evitar un perjuicio jurídico que se le podría ocasionar de los efectos reflejos de la sentencia que se dicte en dicho proceso.

4.º) **La tercería registral.** A) Concepto.— Es el mecanismo procesal correcto para la protección del titular registral cuando los bienes inscritos hayan sido embargados (25) en un procedimiento (26) seguido contra otra persona —normalmente deudor principal ejecutado y embargado, ya sea antecesor registral de aquél o sea por completo extraño al Registro—.

241

Es de sobra conocido cómo en el supuesto de las tercerías en nuestro ordenamiento procesal (de dominio, o mejor derecho) se trata de un proceso iniciado ya entre dos partes, en que un tercero ajeno hasta ese momento al proceso, comparece para defender un derecho

(25) Para Díez-PICAZO, *Ob. cit.*, pág. 409, las anotaciones preventivas son “unos asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles” de las que derivan derechos, facultades o simples pretensiones que han de hacerse efectivas sobre el inmueble.

“... en términos generales, la anotación preventiva no produce los efectos generales de orden registral (legitimación, fe pública, rango, cierre del registro)” pág. 414.

La anotación preventiva de embargo constituye un verdadero derecho real “En el embargo es clarísima la afección real (*ius disponendi*) de la finca trabada al resultado del procedimiento de ejecución que se tramita (*pignus judicial*)” pág. 410 y 411.

(26) La tercería registral podrá interponerse en toda clase de procedimientos en que se practique un embargo, tanto si el procedimiento es civil como si es penal o administrativo al hablar el art. 38 L.H. de embargo preventivo, juicio ejecutivo, y en general de vía de apremio. Díez-PICAZO, *Ob. cit.*, pág. 370.

propio incompatible con el deducido ya en juicio. El interviniente al deducir una pretensión que dirige contra el demandante y demandado originarios, plantea un nuevo proceso cuyas partes originarias (actor y demandado) se convierten en litisconsortes necesarios, en posición de demandados frente al interviniente que se convierte en actor.

242 B) Su regulación en nuestro sistema.— La tercería registral (27) que como hemos dicho es el medio de defensa adecuado del tercer poseedor, se tramita en forma totalmente sumaria y tiene su regulación en los artículos 38, 126, 127, 134 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Establece el primero de los artículos citados que, en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo, o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados (28), se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro. Evidentemente al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyese asistirle en cuanto a los bie-

(27) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, Tecnos, Madrid 1986, pág. 369.

(28) "Si ciertamente dicho precepto hipotecario previene el sobreseimiento de oficio de todo procedimiento de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, cuando conste que tales bienes o derechos aparezcan inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo, también lo es que esa norma solamente alcanza, como ya evidencia la propia letra de ese precepto, a embargo afectante a inmuebles o derechos reales que han tenido acceso al Registro de la Propiedad, que no en el supuesto ahora contemplado al contraerse el embargo de referencia a bienes muebles, que no han tenido acceso a dicho Registro ni tienen su protección" (STS de 17 de diciembre de 1984).

nes (29) respecto de los cuales se suspende el procedimiento.

Establece seguidamente el párrafo cuarto del citado artículo 38 que, cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 134 y concordantes de la L.H. (30).

Concluyendo finalmente el citado precepto que, las mismas reglas se observarán cuando, después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números 2.º y 3.º del artículo 42, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor.

Por su parte, el artículo 134 L.H. establece que, si antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste,

(29) Según el art. 1.923-4.º del Cód. Civil los créditos preventivamente anotados en el Registro, en virtud de mandamiento judicial, por embargo, secuestros o ejecución de sentencias, gozan de preferencia sobre los bienes anotados, pero sólo "en cuanto a créditos posteriores". En el mismo sentido puede verse también el art. 1927.2 del Cód. Civil y la jurisprudencia del T.S. a partir de la S. de 25 de enero de 1899, según la cual la preferencia se da sólo "en cuanto a créditos posteriores".

(30) Véase STS de 20 de febrero de 1987, "Se denuncia a la sentencia recurrida de haber violado, por inaplicación, la preceptiva contenida en el párrafo 3.º del art. 38 LH en razón, según aduce la recurrente, de que en el juicio ejecutivo de que dimana la tercería se decretó el embargo del bien inmueble objeto de la misma, cuando a la sazón su titularidad dominical constaba inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de la tercerista, persona distinta de aquella contra quien se decretó el embargo, entendiendo al hilo de esta argumentación, que todas las actuaciones practicadas en el juicio ejecutivo con posterioridad al embargo eran nulas de pleno derecho, ya que de oficio se debió decretar el sobreseimiento del procedimiento de apremio sobre el bien embargado y que, aunque por no haberse verificado así, se había visto obligada a entablar la tercería por el procedimiento del juicio declarativo de mayor cuantía que correspondía atendido el valor del bien referido, ello no podía dar lugar a que en el mismo se discutieran temas ajenos al originado por la improcedencia de la traba de embargo que se derivaba de la inaplicación del precepto de la LH cuya infracción se acusaba. El motivo no puede ser acogido, pues si bien es cierto que la acción de tercería de dominio, aparte de sus indudables analogías con la reivindicatoria, la pretensión que principalmente entraña es el levantamiento de la traba que el embargo significa y consiguiente cancelación de su anotación en el Registro de la Propiedad, no lo es menos que en el debate judicial a que da lugar la pretensión del tercerista puede discutirse toda la problemática de derecho material y no sólo la de índole puramente procesal que la pretensión del tercerista entraña".

acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se exhiban los autos en la Secretaría, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor.

En este sentido, tras la modificación de los artículos 1.489 y 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal hay que concluir con CLEMENTE MEORO (31) que el tercer poseedor que inscriba su derecho después de extendida en el Registro de la Propiedad la nota marginal de incoación del procedimiento judicial, practicada conforme a lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cuya adquisición conste en la certificación expedida por el Registrador en aplicación del artículo 1.489 de la L.E.C., tiene derecho a que se le comunique el estado de la ejecución para poder intervenir, si le conviniere, en el avalúo y subasta correspondiente. En este sentido señala este autor cómo con anterioridad a la reforma de la L.E.C. ésta se limitaba a exigir que en la certificación del Registrador constaran los titulares de hipotecas, censos y gravámenes posteriores a la nota marginal de incoación del procedimiento (*cf.* art. 1.489 L.E.C.) y sólo se establecía la notificación del estado del procedimiento a los segundos o posteriores acreedores hipotecarios que constaran en tal certificación.

Para el supuesto de que el acreedor pretenda la satisfacción de su pretensión por los trámites del juicio ejecutivo ordinario —es decir, conforme a la regulación contenida en la L.E.C.— establece el artículo 126 de la L.H. que, cuando se persigan bienes hipotecados, y éstos hubieren pasado a poder de tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte del crédito asegurado con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no

(31) CLEMENTE MEORO: *Ob. cit.*, págs. 11.298 y siguiente.

lo verificara el deudor, después de requerido judicialmente o por Notario (32).

Por último, señalaremos cómo por otra parte resulta evidente que, la presunción legitimadora del titular en la denominada "tercería registral" no es óbice a que los bienes inscritos queden sujetos al procedimiento de apremio si con anterioridad a la adquisición por el dueño tabular había sido presentado en el Registro de la Propiedad mandamiento de embargo sobre los mismos bienes (33).

VI. Posturas y expectativas procesales del tercer poseedor

De todo lo expuesto anteriormente se deduce que la actuación procesal correcta del acreedor hipotecario para la satisfacción de su pretensión por los cauces del juicio ejecutivo ordinario consistirá (34) en requerir de pago en primer lugar al deudor principal o si se prefiere único ya que, como también se ha dicho, el tercer poseedor *responde* del crédito hipotecario pero no *debe*, y si éste no atendiese al requerimiento dentro de los diez días siguientes al mismo, procederá requerir por *analogía iuris* con lo preceptuado en el artículo 131 L.H., por el mismo plazo, al tercer o terceros poseedores, que figuren como tales en el Registro (arg. art. 127 L.H. y 222 R.H.). Así, una vez que

245

(32) Para el denominado procedimiento ejecutivo notarial establece el artículo 236-d, según la nueva redacción anteriormente referida, que "Transcurridos diez días desde el requerimiento —de pago al deudor— sin que éste hubiere sido atendido, el Notario procederá a notificar la iniciación de las actuaciones a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio, si fuese distinta del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta, para que puedan, si les conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca".

(33) En este sentido, p. ej., Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1982.

(34) DE COSSÍO CORRAL, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Alianza Universidad, Madrid 1975, pág. 684.

el tercer poseedor haya sido requerido podrá, según la Ley, adoptar en el procedimiento una de las tres siguientes posturas procesales:

A) Verificar el pago del crédito y sus intereses, con lo que el procedimiento es sobreseído (art. 126 L.H.);

En este caso, como afirman ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (35), conforme establecen los artículos 1.209, 1.210 y 1.212 del Código Civil, el tercer poseedor se subroga en el crédito hipotecario; pero al adquirir el tercer poseedor, en atención a esta subrogación, el elemento accesorio de la hipoteca, ésta se extingue por confusión. Sin embargo, esta subrogación sólo cabrá en el insólito caso en que el tercer poseedor haya comprado la finca y dado todo el precio de ella, o sea, sin descontar la carga hipotecaria, ni retener el precio ni asumir la deuda.

246

B) Oponerse a la ejecución, en cuyo caso será considerado en el procedimiento como parte, respecto de los bienes hipotecados que posea, respondiendo además de con los hipotecados con los propios, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas causadas en la ejecución (arts. 126 y 127 L.H.), y

C) Puede “desamparar los bienes hipotecados”, es decir, renunciar a ellos a los fines de liquidación y pago, en cuyo caso se considerarán éstos en poder del deudor a fin de que pueda dirigirse contra ellos el procedimiento ejecutivo (art. 126).

Por último, cabe imaginar también el supuesto no previsto ni en la Ley Hipotecaria ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en que el tercer poseedor no adopte ninguna de las tres posturas procesales referidas, es decir, que ni pague, ni se oponga, ni desampare los bienes hipotecados. En este sentido señala CLEMENTE MEORO (36) cómo la doctrina duda entre considerar que esta actitud puede asimilarse al desamparo, entenderla equivalente a

(35) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*. tomo IV-2.º, 7.ª edición, Barcelona, 1979, pág. 1144 y 456.

(36) CLEMENTE MEORO: *Ob. cit.*, pág. 11.298.

la oposición o, distintamente, considerarla con sustantividad propia. A tal efecto, señala la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de abril de 1921 que el desamparo requiere, “dada su naturaleza unilateral y en cierto modo abstracta, una declaración formalmente hecha al Juez competente para que, reputando la finca en poder del deudor, provea a la custodia, administración, enajenación y liquidación como proceda”, entendiéndose este autor, que dicha Resolución equipara el silencio del tercer poseedor a la oposición al señalar que “no puede presumirse, porque aquél no haya pagado, ni desamparado, ni formulado oposición, que renuncia a todo derecho en el procedimiento, sino al contrario, que se reserva las facultades y acepta las responsabilidades propias del titular de los bienes perseguidos asumiendo el carácter de parte principal en el juicio”. A este respecto PLAZA NAVARRO (37) señala que esta situación de ni pagar, ni oponerse ni desamparar los bienes no puede considerarse como una posición *sui generis* mientras la ley no regule sus consecuencias y mucho menos como un desamparo, pues el artículo 126 L.H. trata este caso como un supuesto de morosidad, y de ella deriva las mismas consecuencias que normalmente se producirían si expresamente se opusiera.

247

Por último, en el supuesto de que el tercer poseedor no fuera judicialmente requerido de pago en la forma que anteriormente se ha referido, por la concurrencia de vicios *in procedendo*, apareciendo en consecuencia como tercero procesal en el procedimiento seguido por el acreedor contra el deudor principal, al no haber sido demandado, siempre podrá interesar su intervención en dicho proceso mediante la denominada *tercería registral* que es el mecanismo procesal correcto para la protección del titular registral cuando los bienes inscritos hayan sido embargados en un procedi-

(37) DE LA PLAZA NAVARRO, M.: *Derecho procesal civil español*. Tomo II, 3.ª edición. Madrid, 1955, pág. 560.

miento seguido contra otra persona —normalmente deudor principal ejecutado y embargado, ya sea antecesor registral de aquél o sea por completo extraño al Registro—.

Bibliografía

- CLEMENTE MEORO, Mario E.; "El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente". *Revista General de Derecho*, n.º 579, diciembre de 1992.
- DÁVILA MILLÁN, M.^a Encarnación; *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Bosch, 2.^a edic., Barcelona, 1992.
- DE COSSÍO CORRAL, Alfonso; *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Alianza Universidad, Madrid, 1975.
- DE LA PLAZA NAVARRO, M.; *Derecho Procesal Civil español*. Tomo II, 3.^a edic., Madrid, 1955.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1986.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; y, GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III. Derecho de cosas. Derecho inmobiliario y registral. 5.^a edic., Madrid, 1990.
- FAIREN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Generales*, Bosch, Barcelona, 1990.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.; *El crédito hipotecario*, Barcelona, 1977.
- LÓPEZ DE HARO, C.; "El tercer poseedor de finca hipotecada". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931.
- RAMOS FOLQUES; "El problema de la notificación a los anotantes posteriores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco; *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990.
- ROCA SASTRE, R. M.^a; y, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.; *Derecho Hipotecario*. Tomo IV-1.º y 2.º, 7.ª edición, Barcelona, 1979.

C) Derecho Mercantil

EL RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA CALIFICACION DEL REGISTRADOR MERCANTIL (*)

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

249

SUMARIO: **I.** LAS FUENTES NORMATIVAS. **II.** LA RAZÓN DE ESTE RECURSO. **III.** LA SISTEMÁTICA. **IV.** TÍTULO. **V.** LOS LEGITIMADOS. **VI.** EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN. **VII.** FORMA DE INTERPOSICIÓN (ART. 69.2). **VIII.** DELIMITACIÓN DE LA MATERIA DEL RECURSO. **IX.** PLAZO PARA QUE EL REGISTRADOR FORMULE SU DECISIÓN. **X.** CONTENIDO DE LA DECISIÓN DEL REGISTRADOR. **XI.** FORMA DE LA DECISIÓN DEL REGISTRADOR (ART. 69.3). **XII.** COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN (ART. 69.4). **XIII.** LA ALZADA ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. **XIV.** TRAMITACIÓN DE LA DG (ART. 72). **XV.** FORMA DE LA RESOLUCIÓN (ART. 73). **XVI.** CÓMPUTO DE PLAZO. **XVII.** EFECTOS DEL RECURSO GUBERNA-

(*) Me ocupé en otra ocasión de este tema.

TIVO RESPECTO DEL PROCESO DE INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO. **XVIII.** RECURSO A EFECTOS DOCTRINALES (ART. 76). **XIX.** DESISTIMIENTO DEL RECURSO (ART. 75). **XX.** EL LITIGIO ANTE LOS TRIBUNALES ENTRE LOS INTERESADOS ACERCA DE LA VALIDEZ DE LOS TÍTULOS PRESENTADOS. **XXI.** EL LITIGIO ANTE LOS TRIBUNALES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN GESTORA DEL REGISTRO. **XXII.** EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN. **XXIII.** CARÁCTER DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN. **XXIV.** FRENTE A QUIÉN SE EJERCE. **XXV.** DUALIDAD DE ACCIONES. **XXVI.** PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE OBTENER UN ASIENTO REGISTRAL. **XXVII.** INDOLE DE LAS PRETENSIONES.

I. Las fuentes normativas

1) A nivel de disposición normativa.

Si me condujese en plan rotundo diría que no he encontrado ninguna disposición de rango legal que se ocupe del recurso gubernativo.

En plan más prudente diré que no he sabido encontrar norma legal que se ocupe de, o al menos aluda a, el recurso gubernativo que requiere nuestra atención de manera especial o singular.

El artículo 80 del RRM se remite al Reglamento Hipotecario para declararlo aplicable en todo lo no previsto en el título I RRM y en la medida en que resulte compatible. El título primero del RRM trata de organización y funcionamiento del Registro Mercantil. La remisión supone, en realidad, una habilitación para la aplicación analógica en base a la semejanza de supuestos de hecho y a la identidad de razón normativa. Los temas concretos son: (i) el encargo a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los Registros Mercantiles (en principio se encargó a los Regis-

tradores de la Propiedad la llevanza del RM, luego se denominó a los Registradores de LP Registradores de la P. y M.); (ii) competencia registral según dominio del sujeto; (iii) los libros del Registro; (iiii) los asientos a practicar en los libros; (iiiii) la calificación registral y los recursos contra ellas; (iiiii) y la publicidad formal.

No parece, pues, descaminada la afirmación de que el recurso que nos ocupa carece de base legal y sólo tiene apoyo reglamentario.

2) Alcance de la posible aplicación analógica del RM.

Esta reflexión se limita a cuestiones atinentes al recurso y hace gracia de otros aspectos.

Creo oportuno hacer ahora una mera referencia previa al problema para justificar un enfoque y mentalidad aunque luego, si nos queda tiempo, me entretendré más en ello.

251

a) La regulación contenida en el RRM del recurso es completa y es peculiar.

Tiene sus antecedentes en anteriores Reglamentos (en lo que no nos vamos a entretener).

Es peculiar, o singular, en la organización de sus trámites respecto del recurso que regula el RH. La peculiaridad no se limita a detalles procedimentales sino a la construcción de las etapas del recurso.

Y es completa a consecuencia de la propia peculiaridad.

Por ello podemos decir que la regulación que contiene el RRM es suficiente pues no deja supuestos ayunos de regulación y la singularidad de ésta hace prácticamente imposible encontrar una razón idéntica en la regulación del otro recurso, que está estructurado de manera diversa.

3) La cita de artículos sin referencia a la norma de que forman parte se refiere a artículos del RRM, RD 1597/1989, de 29 de diciembre. En otro caso se citará el cuerpo legal o reglamentario pertinente.

II. La razón de este recurso

No es fácil precisar esta idea. Sin embargo, podemos dibujar un contorno que nos permita tomar una posición que nos sitúe con criterios realistas, aunque sin adornos teóricos.

1) Es punto de partida del recurso gubernativo la existencia de una calificación del Registrador (R.) que atribuya al título algún defecto que impida la inscripción.

2) Y es punto final la obtención de una decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DG) que ordene, suspenda o deniegue la inscripción, declarando si el documento se halla o no extendido con arreglo a las leyes. (Subrayo las palabras “con arreglo a las leyes”).

252

3) La regulación del recurso gubernativo supone el reconocimiento implícito de un derecho subjetivo a obtener la inscripción del título inscribible no defectuoso, reconocimiento que se manifiesta a través de la sanción del derecho instrumental o accesorio dirigido a provocar una calificación de la DG revisora de la calificación del R. (art. 73.3) cuyo derecho instrumental se concreta en la petición de reforma de la calificación del Registrador (art. 68.2) para así obtener del R. la extensión de los asientos solicitados (art. 70.2); y si éste mantuviese su calificación para obtener de la DG una orden de práctica del asiento (cuya petición la Dirección podrá o no acoger).

4) El Recurso se concibe como gubernativo. El Registro Mercantil está bajo la dependencia del Ministerio de Justicia (art. 1.1) y los asuntos relativos a él están encomendados a la DG (art. 1.2) y tanto la calificación del R. (art. 6 y art. 18.2 C. de C.) como la resolución de la DG (art. 73.3) deciden la extensión, suspensión o denegación del asiento solicitado y están limitadas a esos efectos (art. 59.1).

Entiendo claro que el servicio o función registral se agota en el ámbito gubernativo con la decisión limitada a lo referente a la práctica del asiento. No debe ofrecer dudas el empleo de la palabra “gubernativo”.

Es la que aparece usada en el art. 59.1 RRM. Nada más lejos de mi ánimo, de mis posibilidades y de esta oportunidad que intentar profundizar en la naturaleza de los Registros Públicos, sean meramente informativos, publicitarios o de contenido sustantivo, o en el carácter o naturaleza de los encargados de su llevanza y de su función.

III. La sistemática

Voy a ocuparme del aspecto procedimental del recurso. Pero esta exposición, predominantemente procesal, no me satisface totalmente pues creo que la oportunidad es bien adecuada para plantearnos el estudio de la posible existencia de un derecho subjetivo a obtener la publicidad registral, esto es, a disfrutar las ventajas que ofrece la publicidad registral para la eficacia y ejercicio del derecho, o de la situación o posición jurídica de que ese derecho, que creo que sí existe, pueda ejercitarse frente a la Administración con la cobertura del amparo judicial.

253

Entro en las cuestiones de procedimiento.

IV. Título

Según el art. 6, cuyo texto reproduce el del art. 18.1 del C. de C., el título:

—de regla general debe ser documento público.

—Y como regla singular se admite la práctica de asientos en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil.

Son documentos públicos, según el artículo 1.216 C.c., los autorizados por un Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por las leyes. Como es bien sabido, autorizar quiere decir tanto ser autor del documento como asumir el encargo de su confección y los deberes; y no voy a profundizar en ésto ni en el problema lógico de que la atribución a una persona, función o cosa de alguno de los caracteres de otra persona, función o cosa es la más palpable demostración de la diferencia sustancial entre uno y otro, pues si fuesen idénticas, iguales o lo mismo no sería necesaria la expresa atribución a una del carácter o condición de la otra. Esto es, la atribución a ciertos documentos privados, las pólizas intervenidas, p. ej., de ciertas características del documento público, a efectos de clasificación y prelación de créditos, por ejemplo, no los convierte en documentos públicos, aunque se asimilen a ciertos efectos de éstos los de aquellas pólizas.

En principio, tanto por deformación profesional —y acepto el reproche— como por ajustarme a la regla general, al referirme al título inscribible me ocuparé del documento público notarial, de la escritura pública.

La calificación.

De la calificación me ocupé el año pasado en curso semejante a éste.

En cuanto presupuesto del recurso debemos señalar la calificación que atribuya al título según defecto que impida la inscripción (art. 66.1).

No debo, sin embargo, dejar de señalar cómo, según el art. 58, pueden resultar atribuidos al título defectos que, en mi opinión, merecen clarificación y consideración separadas.

a) Defectos del título según el principio de legalidad (art. 18.2 C. de C. y art. 6).

A ellos alude el art. 58.1 que se remite al art. 6. Son los defectos que afectan a (i) la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud

se solicita la inscripción (esto es, a las formalidades de la forma como claramente expresa el art. 58.2 al referirse a los fallos que afectan a la validez según las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados, como instrumento de calificación); (ii) la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban (como el otorgamiento y la suscripción no se realizan en presencia del Registrador —sólo ocurre excepcionalmente, art. 89.1 p. ej.— la calificación acerca de la capacidad o legitimación debe formularse por lo que resulte del título y si éste no aportase datos suficientes la calificación procedente sería la referida a la insuficiencia de datos resultantes del título y no la referida a la capacidad y legitimación en sí); (iii) la validez del contenido (aquí se realiza la doble calificación de validez cuando el título es documento público notarial, ya que el Notario debe dar fe conforme a las leyes —art. 1 LN— por lo que su autorización debe ajustarse a las normas reguladoras de la forma y a las que ordenan el contenido del documento).

255

No debemos olvidar los arts. 10 y 11 puesto que la coherencia de la contemplación del contenido del Registro al calificar (por lo que resulte del Registro) obliga a declarar no inscribible el título, aunque no adolezca de defecto (en sí o intrínseco), por el defecto extrínseco de (i) de obrar inscrito un título opuesto o incompatible con el presentado (ii) o de no estar inscrito el sujeto a que se refiera el título (iii) o de no obrar inscrito el acto o contrato que sea presupuesto del presentado (el apoderamiento respecto del acto representativo) o que resulte modificado o extinguido por el presentado.

b) Defectos del título según la norma reglamentaria (RRM, art. 58.2 al final).

En este epígrafe se comprenden (i) la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción;

(ii) o la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que hayan de ser calificadas (cuya concurrencia haya de ser calificada) aun no debiendo constar en el asiento.

La prudencia aconseja distinguir entre las circunstancias que debe contener el asiento, de una parte, aquéllas que expresan el cumplimiento de los elementos esenciales o tipificadores según la regulación legal del acto o contrato cuya inscripción se pretende, y de otra, aquéllas que suponen el cumplimiento de una norma reglamentaria, que ella misma reconoce su alcance meramente limitado en relación con la inscripción, al margen de la regularidad o validez del acto a que se refieren (así, el art. 97.2 en cuanto a las circunstancias y requisitos establecidos en el RRM en cuanto a actas, sus libros y certificaciones). Claro es que en el ámbito de la calificación y del recurso gubernativo esta distinción es intrascendente.

256

También es prudente rastrear el origen de la atribución al R. del deber y responsabilidad de certificar la concurrencia de ciertas circunstancias, aunque no deban constar en la inscripción; así p. ej., la regular observancia de la legislación de inversiones extranjeras y la circunstancia de la correspondiente obtención de autorizaciones, o el uso de las genéricas de manera adecuada y la realización de aportación, extranjera o por extranjeros, adecuadamente, es tema cuyo control y calificación está encomendado a los Notarios (que harán las oportunas menciones en la escritura) y a los Registradores (que basta reflejen en el asiento el cumplimiento de las circunstancias, aunque la expresión especificada en éstas no sea materia de inscripción).

c) La nota, como forma de expresar los defectos.

Su estudio detenido es más apropiado en el análisis de la calificación. Ahora nos limitaremos a destacar su significado como presupuesto del recurso gubernativo.

La nota es la forma prevista para la expresión de la calificación que atribuya al título defectos (art. 62-3).

c.a) La nota debe ir fechada y firmada por el Registrador. Parece muy adecuado el uso actual de identificar al Registrador firmante.

c.b) La nota expresará en forma clara, sucinta y razonada todos los defectos que se observen.

c.c) Señalará si son subsanables o insubsanables.

c.d) Señalará la disposición en que se funde o la doctrina jurisprudencial en que se ampare la calificación para atribuir defecto.

c.e) Se extenderá al pie del título y se reproducirá al margen del asiento de presentación.

A efectos del recurso basta que la nota indique defectos con independencia de que el señalado (i) afecte a todo el título o no impida la inscripción parcial solicitada (art. 63) (ii) sea subsanable o insubsanable (art. 62.4 y 5).

257

También es indiferente que resultase incumplido el deber del Registrador de formular calificación global y unitaria (art. 59.2). Si no hubiere incluido todos los defectos, lo que se pondrá de manifiesto por la alegación de nuevos defectos antes de la inscripción, la nota en la que alegase estos nuevos defectos será por sí misma recurrible, sin perjuicio de las consecuencias que el incumplimiento de su deber acarree al Registrador (art. 59.2 segundo).

V. Los legitimados

El art. 67, bajo el epígrafe legitimación, señala quiénes pueden interponer el recurso, una vez el título ha sido calificado de defectuoso. (Confieso que como Notario sufro molestias cuando oigo calificar o llamar a un título con el epíteto de defectuoso, cuando la razón o motivo de negar o rechazar la inscripción es ajena al título mismo).

No me quedo satisfecho por la sistemática que voy a

seguir. Sin embargo, distinguiré entre los titulares de interés privado, el Fiscal en ejercicio de sus funciones y el Notario autorizante.

1) Los titulares de interés privado (art. 67.9).

a) La persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción.

La expresión coincide con la empleada en el art. 53 RRM 14 de diciembre de 1956 y en el art. 112 RH 14 de febrero de 1947. Como ya puso de manifiesto el profesor GARRIGUES, el RM es un registro de personas y el R. de la P. lo es de bienes; desde la óptica del tráfico y titularidad de bienes el adquirente y consiguiente titular de bienes o de derechos sobre ellos es la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción.

258 Ahora bien, desde la óptica de un registro de personas cabe distinguir el titular de la hoja registral, esto es, el sujeto inscribible, y la persona a la que se atribuyen cualidades, facultades o derechos mediante el acto o contrato que se pretende inscribir. A los dos podría incluirse en el concepto de favorecidos por la inscripción.

b) Quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción.

Subsisten los términos literales del art. 53 RRM 56, que había omitido la expresión “como trasferente o por otro concepto” del art. 112, 1.º RH 47.

Por ejemplo un cónyuge capitulante, o el que pretende el acceso al Registro de las declaraciones previstas en los arts. 6 a 10 del C. de C. y pues el asiento consiguiente no será a su favor en cuanto “titular registral” pero resultará favorecido, y por ello está interesado, por la constancia registral de la posición jurídica de su cónyuge comerciante en cuanto al régimen económico de su matrimonio.

Otro tanto, p. ej., del administrador de una sociedad que

ha dimitido de su cargo; o del accionista que pretende la anotación preventiva de la demanda de impugnación de un acuerdo social.

c) Por quien acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto.

La representación legal se acredita auténticamente mediante la documentación expresiva de la delación y aceptación del cargo y de su publicación, según las normas respectivas.

La representación voluntaria se acreditará conforme al art. 1.280, 5.º C.c. mediante el correspondiente documento público.

No voy a entretenerme en el análisis de la representación orgánica, ni en lo referente a su ejercicio y a su extensión; y entiendo suficiente para el tema que nos ocupa que resulte acreditado el nombramiento para el cargo de administración y representación de la persona jurídica, pues va de suyo la aptitud del órgano para el ejercicio y defensa, en juicio y fuera de él, de sus derechos.

259

d) Por quien ostente notoriamente representación para tal objeto de la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción o de quien tuviera interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción.

Se trata de un supuesto de representación acreditada por notoriedad, sea en su origen legal o voluntaria. La exigencia de acreditación auténtica se sustituye por la notoriedad; aunque no sea suficiente la representación resultante de nuevo y simple hecho de presentar el documento.

2) El Ministerio Fiscal (art. 67.b).

Está legitimado “cuando se trate de documentos (i) expedidos por la autoridad judicial y (ii) que se refieran a asuntos en que deba ser parte con arreglo a las leyes”.

3) El Notario autorizante (art. 67.c).

a) En todo caso. Esto es, cualquiera que sea la índole del defecto atribuido al título.

Entiendo que no hay duda cuando se trate de defectos que he llamado “intrínsecos”, esto es, los que afecten al título en sí mismo, a sus formalidades, a su contenido, así como a su suficiencia para permitir calificar bien la capacidad, legitimación de los otorgantes o bien el cumplimiento de circunstancias y requisitos que le afecten, aunque no hayan de constar en el asiento.

Ahora bien, cuando se trate de defectos “extrínsecos”, esto es, de obstáculos nacidos de la regulación en el RRM de la prioridad (art. 10) o del tracto sucesivo (art. 11), la cuestión es más dudosa.

260

Pero creo que el Notario está legitimado para recurrir incluso si la cuestión se plantea en relación a la subsunción del acto o contrato en una norma u otra (lo que en la técnica del Derecho internacional privado se llama cuestión de calificación). Así por ejemplo si la calificación provoca debate acerca de si un acto o contrato de finalidad extintiva está sujeto al principio llamado de tracto sucesivo o si la publicidad del efecto extintivo tiene sentido y valor propio en cuanto impeditivo del acceso al Registro, con posterioridad, de un anterior acto o contrato constitutivo, aunque no se hubiese inscrito el acto o contrato extinguido o revocado.

b) El Notario autorizante, es expresión definitoria de sentido concreto y conocido.

Se ha dudado si la expresión, según una interpretación extensiva que desborda la pura literalidad, puede comprender al Notario que ha redactado el documento y a cuyo protocolo queda incorporado, pero que fue sustituido como autorizante en el acto de otorgamiento.

La DG (R. 22 octubre 1962) interpretó en sentido estricto la expresión Notario autorizante del art. 112 RH.

VI. El plazo de interposición

Dos meses a contar desde la fecha de la nota de calificación contra la que se recurre (art. 69.1).

Vean lo que se dice respecto del cómputo de plazos.

VII. Forma de interposición (art. 69.2)

1) Mediante escrito dirigido al Registrador. El escrito debe contener (i) expresión de los extremos de la nota que se impugna; (ii) las razones en que se funda la impugnación; (iii) la solicitud de reforma, en todo o en parte, de la calificación.

Se aprecia fácilmente la estructura del escrito, dividido en hechos, fundamentos de derecho y petición o pretensión.

261

2) Al escrito se acompañarán únicamente, originales o por testimonio (debidamente testimoniados, dice el RRM), los documentos calificados y en su caso el documento que acredite la representación que ostenta el recurrente.

Cuando la representación resulte por notoriedad, entiendo que bastará la alegación de ésta en el mismo escrito.

VIII. Delimitación de la materia del recurso

El art. 68 va epigrafiado como “objeto del Recurso”.

Podía defenderse como más adecuado un epígrafe que dijese: “delimitación de la materia del recurso”.

1) El título calificado.

En la medida en que el Registrador debe utilizar como base documental de su actividad calificadora solamente el

título presentado y el contenido del Registro, el art. 68 dispone que no podrán admitirse peticiones amparadas en documentos no presentados en tiempo y forma.

Así pues, podrían formularse peticiones basadas en el título y en los documentos complementarios presentados con él, o después en la medida en que éstos hayan sido tenidos en cuenta en el momento de calificar.

No podrán formularse peticiones basadas en documentos que el Registrador no hubiese podido tener en cuenta al calificar. En caso de llegar a disponer el interesado de “nuevos documentos” debe proceder a nueva presentación del título en su compañía para nueva calificación.

2) Circunscripción de la argumentación y de la petición a “la calificación del Registrador”; esto es, a “los defectos señalados en la nota de calificación”.

262 Por ello se declaran inestimables las peticiones “basadas en otros motivos”; esto es, las que no persigan la reforma de la calificación.

IX. Plazo para que el Registrador formule su decisión

Quince días (art. 70.1).

Se sobreentiende que desde la presentación del escrito de interposición dirigido a él (art. 69.1).

X. Contenido de la decisión del Registrador

La decisión del Registrador puede tener varios contenidos, por la materia a que se refiera.

1) Acerca de la legitimación del recurrente. Debe decidir, aunque sea implícitamente, acerca de este punto.

Digo implícitamente, porque su estimación no requiere manifestación expresa.

Pero si apreciase falta debe adoptar al efecto la correspondiente decisión. Puede limitar su decisión a este punto o puede decidir la cuestión de falta de legitimación y además entrar en el fondo del recurso (art. 69.3 segundo).

2) Puede reformar en todo la calificación, en cuyo caso procederá a extender los asientos solicitados (art. 69.2).

3) Puede mantener en todo la calificación (art. 69.3).

4) Puede mantener en parte la calificación y reformarla en parte y si procediese inscripción parcial y ésta hubiese sido solicitada, proceder el asiento en los términos correspondientes en su decisión (art. 69.3 y art. 63).

263

XI. Forma de la decisión del Registrador (art. 69.3)

1) En términos muy generales se dice que la decisión deberá ser clara, precisa y congruente.

2) La sistemática de la decisión será parecida a la del escrito de interposición.

a) Reflejará los hechos alegados. Se sobreentiende que los alegados o estimados por el Registrador.

b) En particular hará referencia a las razones en que se hubiese fundado el recurrente, y las peticiones que hubiese formulado.

c) Expondrá los fundamentos de su decisión.

d) Expresará su decisión, con especial cumplimiento del deber de claridad y precisión.

3) La decisión debe ser congruente con la petición o pretensión deducida en el escrito de interposición.

4) No merece comentario la diferente trascendencia, a efectos del recurso, que tiene el respeto a las exigencias formales según que la decisión acceda a la reforma de la calificación o la mantenga.

XII. Comunicación de la decisión (art. 69.4)

El R. comunicará su decisión al recurrente dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hubiese sido adoptada.

El Registrador, pues, dispone de quince días para decidir y de cinco para calificar.

264 Lamentablemente el Reglamento no ha previsto ni la forma ni el lugar de notificación. Ni ha señalado el carácter del deber de notificación.

En principio parece razonable aplicar los principios de toda notificación.

1) El deber de notificar supone el deber de hacer saber la notificación a su destinatario. Al menos el deber de poner los medios hasta dejar la noticia notificable a disposición del notificado.

2) La noticia, o notificación, debe hacerse llegar, al menos, al domicilio señalado por el notificado a dicho efecto.

3) El medio más adecuado es, al menos, la remisión por correo certificado, según las normas de procedimiento, para que el notificado disponga de medio de prueba de la fecha de envío y de recepción de la notificación.

4) Debe entenderse como fecha de notificación la de recepción en el domicilio señalado al efecto por el recu-

rrrente. A cargo del recurrente queda el riesgo de conocimiento efectivo de la notificación recibida.

5) El R. debe remitir la comunicación, esto es, debe cumplir el deber de comunicar su decisión, mediante la imposición de la comunicación y el envío del texto completo de su decisión por correo certificado dentro del plazo de cinco días señalado.

XIII. La alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado

1) Procede cuando la decisión del R. mantenga en todo o en parte la calificación que atribuya al título defecto interno o externo que impida la inscripción (art. 71.1).

2) El plazo para la alzada es de un mes desde la fecha de la notificación (como ya he dicho, desde la recepción de la notificación) (art. 71.1).

3) La forma de la alzada consiste en un escrito de alegaciones en la que formule las que estime pertinentes y al efecto exprese los hechos y fundamentos de derecho, y fije con precisión y claridad los extremos de la decisión que impugne.

Es el momento procesal adecuado para exponer todos los fundamentos de derecho que estime, tanto para defender, o incluso enriquecer, lo argumentado en el escrito de interposición como para rebatir los argumentos de la decisión contra la que se alza.

4) Los trámites del escrito de alzada afectan al recurrente y al Registrador (art. 71.1 segundo).

a) Al recurrente, que debe presentarlo en el Registro correspondiente dentro del plazo señalado.

b) Al Registrador, que debe elevar el expediente a la DG dentro de los cinco días siguientes al de la presentación del escrito de alzada. El expediente se compone del escrito de interposición, del escrito de decisión, de la justificación documental de la notificación, y del escrito de alzada, completado con lo referente a las notas o asientos de presentación.

XIV. Tramitación de la DG (art. 72)

1) La DG disfruta de la facultad de acordar, para mejor proveer, que se unan al expediente documentos e informes que contribuyan al mejor esclarecimiento de las peticiones formuladas.

266 2) En realidad la DG no “tramita” sino que “estudia” el expediente, con vistas a dictar resolución.

3) El plazo para resolver el recurso es de cuatro meses. En general contados desde el día en que se reciba el expediente. Y para el caso de que soliciten documentos para mejor proveer contados desde la fecha de incorporación de tales documentos al expediente.

XV. Forma de la resolución (art. 73)

1) Se acomodará a las reglas establecidas para la forma de la decisión del R.

Como hechos tomará, y así lo suele hacer, las circunstancias del título afectantes al recurso, la nota de calificación, el escrito de interposición, la decisión del R. y el escrito de alzada.

2) El art. 73.2 dispone que en el último antecedente de hecho la resolución expresará los defectos definitivamente

señalados en la decisión y los fundamentos de la misma. De hecho ésta norma se cumple en el lugar que cronológicamente corresponde según la sucesión de hechos; con lo cual se facilita la comprensión del resumen de los fundamentos alegados en la alzada.

3) La DG va introduciendo el uso, a mi parecer acertado, de sintetizar en el primer fundamento de derecho la cuestión planteada en torno a la decisión adoptada por la pretensión formulada en la alzada.

4) La parte dispositiva de la resolución ordenará, suspenderá o denegará la inscripción, declarando si el documento se halla o no redactado con arreglo a las leyes.

Es de lamentar que esta última declaración no se formule siempre que la decisión contraria a la práctica del asiento obedezca a causas que no afectan a la legalidad del título, en su forma, en su contenido o en la suficiencia de medios para calificar la capacidad o legitimación de los otorgantes.

267

XVI. Cómputo de plazo

Nada dispone el RRM.

Conforme al art. 109 RH (RD 12 noviembre 1982) los plazos señalados por días se computarán por días hábiles y los plazos fijados por meses o años se computarán de fecha a fecha.

XVII. Efectos del recurso gubernativo respecto del proceso de inscripción del título

1) La interposición del recurso suspende los plazos de vigencia del asiento de presentación o de la anotación preventiva de suspensión del título, así como los plazos de los

asientos de presentación anteriores o posteriores, relativos a títulos contradictorios o conexos (art. 66.3, primero y segundo).

La suspensión se hará constar mediante las correspondientes notas marginales (art. 66.3 tercero).

2) La resolución de la DG produce los efectos a que se refiere el art. 74 RRM en congruencia con la decisión, según declare procedente la inscripción (que se practicará sin nuevo asiento de presentación) o declare subsanable el defecto (en cuyo caso podrá subsanarse en el plazo de quince días desde que el Registrador hubiese notificado al recurrente el traslado de la resolución, salvo que fuese mayor el plazo pendiente de vigencia del asiento de presentación o de la anotación y si no se subsanase extenderá nota de la resolución en el asiento de presentación y cancelará la anotación y la nota marginal en la forma señalada) o declare insubsanable el defecto (en cuyo caso extenderá nota de la resolución al margen del asiento de presentación y cancelará la anotación y las notas marginales en la forma establecida).

268

XVIII. Recurso a efectos doctrinales (art. 76)

1) Es el que se promueve una vez inscrito el título por subsanación de los defectos presentados, exclusivamente a efecto de provocar la emisión de doctrina por la DG.

2) Sus trámites son los vistos, con ciertas diferencias.

Las diferencias son:

a) El plazo para resolver es de un año.

b) La DG puede limitarse a estimar carente de interés

doctrinal la cuestión suscitada, en cuyo caso lo comunicará al recurrente y archivará el recurso, sin más trámites.

XIX. Desistimiento del recurso (art. 75)

1) Puede desistir el recurrente. El R. no puede revocar su decisión de mantener la calificación y, en consecuencia, acceder a la reforma.

2) En cualquier momento antes de su resolución.

3) Mediante escrito dirigido al R. o en su caso a la DG. Entiendo que ante la DG desde la elevación del expediente.

269

XX. El litigio ante los Tribunales entre los interesados acerca de la validez de los títulos presentados

1) El art. 66 LH, 8 febrero 1946, reconoce a los interesados la facultad de recurrir gubernativamente y aclara que esta facultad es “sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”. En el Registro de la Propiedad, como registro de bienes con finalidad de asegurar su titularidad y tráfico, el título, al menos entre vivos y en general, es un contrato traslativo del dominio o constitutivo o traslativo de derechos reales y la norma señala cómo el seguimiento del recurso gubernativo no es obstáculo para el planteamiento de un pleito entre partes.

Pero la LH no aclara cómo resolver la colisión entre una Resolución de la DG final de un recurso gubernativo que estimase defectuoso un título y una sentencia que estime la demanda en la que se pretenda la declaración de validez.

Parece pacífico que si el adquirente demanda al transmitente el reconocimiento de la validez del contrato traslativo y demanda la consiguiente rectificación del Registro si se estimase la validez pretendida (art. 40 LH) con cumplimiento de lo previsto en el art. 38, en su caso, procederá en cumplimiento de la sentencia la inscripción del título, sin que sea obstáculo la resolución contradictoria del Centro Directivo que hubiera podido producirse. Atiéndase a la posición procesal del transmitente, a la posibilidad de incurrir en mala fe o temeridad si impugnase el título por él mismo, e invocase su propia conducta tortuosa en propio beneficio. En este sentido el RH en su art. 101 dispone que si la ejecutoria resultase contraria a la calificación se practicará el asiento solicitado, y la fecha del asiento se retrotraerá a la presentación del título (y no será la de presentación de la sentencia) si se hubiese tomado la correspondiente anotación preventiva y ésta estuviese vigente.

El art. 132 del RH 47 se refiere “a los litigios que los interesados promoviesen ante los Tribunales con arreglo al art. 66 LH (y destaco la expresión con “arreglo” porque parece claro que el Reglamento da a entender que en su opinión el art. 66 LH justifica la *legitimatio ad caussam*) para disponer el Registrador que hubiera calificado el título acerca de cuya validez o nulidad contiendan los interesados no será parte en este pleito, no se acordará su citación y emplazamiento y los Jueces “deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario en cualquier momento en que se haga notar que se ha entendido con el R.”. Creo que este precepto es a la vez una norma superflua y excesivamente bienintencionada. Superflua porque planteado el pleito entre los interesados en la validez o nulidad de un acto o contrato el R. que lo hubiera calificado carece de legitimación por razón de la materia para ser parte en el pleito. Y excesivamente bienintencionado porque, precisamente, tema pendiente de estudio es que el interesado en obtener la práctica de un asiento en determinado Registro

pueda pretender frente a la Administración responsable del mismo Registro una decisión judicial que declare la procedencia de la práctica del asiento.

2) El RRM 1956, art. 49, tenía una redacción similar a la LH 46.

3) El vigente RRM, art. 66.2, viene a expresar de manera diversa, que la interposición del recurso gubernativo “no excluirá el derecho de los interesados para acudir a los tribunales de justicia y litigar entre sí acerca de la validez de los títulos calificados y se remite, como final, a los artículos 66 LH y 101 y 102 de su Reglamento”.

XXI. El litigio ante los Tribunales frente a la Administración gestora del Registro

271

Según hemos dicho antes parece oportuno el análisis acerca de (i) si existe un derecho del ciudadano a obtener la inscripción de determinados títulos, (ii) si ese derecho queda configurado por Ley, (iii) si el derecho configurado por norma con rango legal puede quedar reducido, limitado o condicionado por una norma de rango reglamentario, (iiii) si el interesado que cree vulnerado su derecho legal por un acto de calificación —sea del R. sea de la DG— (aunque el calificador tenga la justificación relativa de cumplimiento de la norma reglamentaria) puede reclamar el amparo de los tribunales para la aplicación de las normas por su rango respectivo.

XXII. El derecho a la inscripción

1) Los artículos 19 C. de C. y 4 RRM se ocupan de la obligatoriedad de la inscripción.

Pero no cabe negar el derecho a la inscripción; puesto que quien la pretende busca obtener tanto la oponibilidad a terceros del título inscrito (a los terceros de buena fe, esto es, sin perjuicio de la posibilidad de oponerlos a los que conocen directamente, por ello se comprende lo razonable del interés en obtener la inscripción para ejercer el derecho de oponibilidad) (art. 21 C. de C.) como la posibilidad de ofrecer a los terceros la seguridad de que los contratos celebrados en base al contenido registral conservarán su eficacia, aunque dicho contenido resultase inexacto, incluso por nulidad del título inscrito (art. 20 C. de C.).

272

A la inscripción obligatoria del sujeto corresponde un derecho a obtener su inscripción, bien para evitar la responsabilidad personal universal (caso del naviero) bien para obtener la limitación de responsabilidad al patrimonio social, dejando irresponsables los patrimonios personales de gestores o socios (caso de las sociedades capitalistas), bien de la subsistencia de los apoderamientos (en general), etc.

Cabe pues sostener que si el orden jurídico ofrece un sistema de Registro y de publicidad de efectos sustantivos el ciudadano tiene derecho a acceder a él en cuanto cumpla los requisitos y en él concurren los presupuestos legales para hacer efectivas las ventajas del sistema.

2) Parece demostrado que el derecho a la inscripción, al acceso al Registro, está justificado.

a) Por un lado como derecho del obligado a un hacer (procurar la inscripción) a que no se obstaculice el cumplimiento de su deber. Más precisamente, a que no se haga el cumplimiento del deber más gravoso o dificultoso que la manera como lo ha tipificado la norma legal que lo impone, o al menos que la carga resulte de normas con rango legal, al igual que la norma que impone la obligación.

b) Por otro lado, como derecho de todo sujeto de derecho obligado a su propia inscripción y de todo interesado en los efectos de la inscripción, para obtener y disfrutar las ventajas de la eficacia que la inscripción en el Registro y la publicación en el BORME prestan a la eficacia natural del acto o contrato cuya inscripción se pretende. Dicho de otra manera, si el acto o contrato que se pretende inscribir genera efectos jurídicos, los que son peculiares según su tipo, y a esos efectos jurídicos se añaden los que le presta la forma, cuando se ha empleado la escritura pública; y si a los efectos del acto o contrato material y a los efectos de su forma, esto es, a los efectos que el título material y formal inscribible produce en derecho antes de su inscripción, se añaden, por la inscripción y la publicidad y desde su realización, los efectos que de éstas son propios, es natural que el ciudadano, sea sujeto de inscripción o sea interesado en ella, en cuanto destinatario específico de la norma que establece el Registro (los demás, los terceros son en principio y en general destinatarios genéricos de la norma) tenga derecho, en base a esa misma norma, al uso de la institución registral.

273

XXIII. Carácter del ejercicio del derecho a la inscripción

1) Inicialmente se ejerce ante la “organización registral” (art. 1.1) cuya competencia “gubernativa” (arts. 59 y 66) se entenderá “limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción”.

2) ¿Cabe ejercer judicialmente ese derecho? Me atrevo a responder en principio que sí. Si la persona que se cree asistida del derecho a obtener un asiento registral en el RM ve denegada su pretensión en el ámbito de la actividad “gubernativa” que gestiona el Registro Mercantil como instrumento de publicidad, parece que podrá ejercer el derecho

constitucional a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (el de obtener el asiento registral que proporciona publicidad) sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (frente a los criterios de la gestión “gubernativa” del Registro). (Art. 24.1. Constitución Española).

XXIV. Frente a quién se ejerce

1) Se ejerce frente a la “organización registral”. Podía dudarse acerca de si es necesario o no el agotamiento de la “vía gubernativa”. Parece, vistos el art. 1.2 y los arts. 59 y 66 y ss., más prudente entender necesario el agotamiento de la “vía gubernativa”, pues mientras no se pronuncie la DG no parece cristalizado el criterio de la “organización registral”.

274

Sin embargo, el principio legal (art. 18.2 C. de C.) según el cual la calificación es función del Registrador que la ejerce bajo su responsabilidad, permite defender la posibilidad de ejercer la acción frente al Registrador calificador, sin agotar la vía gubernativa.

Puede entenderse que cabe interponer la acción frente al R. calificador si se ejercita sin promover el recurso gubernativo y que cabe interponerla frente a la DG si se accionase contra el criterio de su decisión en el recurso gubernativo.

2) No es necesario que la acción se plantee frente a otros interesados (sean partes, sean interesados genéricos, en cuyo caso la acción sería “casi de jactancia”).

Basta dirigirla contra quien, a virtud de su criterio calificador, impide el acceso al Registro de un acto o contrato que en opinión del accionante debería provocar un asiento registral.

XXV. Dualidad de acciones

Quedan claramente definidas, en mi opinión, dos pretensiones diversas.

Una se ejerce “entre privados” que contienden acerca de la validez o eficacia del contrato o del acto, y puede provocar una sentencia que tendrá acceso al Registro. En este pleito, va de suyo, no debe ser parte el Registrador.

Otra es la que se ejerce frente al Registrador o frente a la “organización administrativa del Registro” para obtener la efectividad del derecho que para el ciudadano nace del establecimiento del sistema registral.

XXVI. Procedimiento adecuado para la tramitación de la pretensión de obtener un asiento registral

275

1) Si se siguiese el camino del pleito “inter partes” privadas a que se refiere el art. 66 LH, los arts. 101 y 132 RH y el art. 66.2 del RRM para dirimir acerca de la validez de los títulos calificados el procedimiento debe ser, indudablemente, el correspondiente de los regulados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2) Pero si se plantease frente al R. o frente a la administración calificante la acción judicial con la pretensión de obtener sentencia que declare la procedencia del asiento u operación registral pretendida la cuestión es dudosa.

a) A favor de la competencia de la jurisdicción civil, y de la observancia del procedimiento correspondiente según la LEC, puede argumentarse que la decisión que recayese se refiere a un presupuesto para que un acto o contrato de derecho privado alcance una determinada, y elevada, cota de eficacia.

b) A favor de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, y del seguimiento del procedimiento que le es aplicable (y empleo los términos con la imprecisión del lenguaje usual en derecho y sin desconocer la unidad de jurisdicción) militan diversas razones.

b.a) Una es que la pretensión se ejerce frente a una organización de Derecho público, dependiente de la Administración Central del Estado, como es la organización del Registro, sea en concreto frente a un R., sea frente a la DG, que no deja de ser una administración pública institucional.

276

b.b) Otra es que se pretende una actividad de dicha organización, pues la extensión de un asiento en el Registro Mercantil es una actividad de la misma, cuyos asuntos están encomendados a la DG (art. 1.2).

b.c) Otra es que el asiento despliega sus efectos en un ámbito que trasciende al interés privado de los sujetos primariamente afectados, pues afecta a los terceros e incide en el tráfico, cuya seguridad se persigue mejorar mediante la publicidad resultante de los asientos extendidos en el Registro, lo que justifica que la organización del Registro Mercantil dependa del Ministerio de Justicia y se encomienden a la DG todos sus asuntos.

Claro que no dejaría de producirse la peculiar consecuencia de resolver asuntos que a la vez tienen aspectos privados y públicos.

Aunque la unidad de jurisdicción y la concurrencia de intereses públicos parecen reforzar la opinión de la procedencia del camino contencioso administrativo.

c) A consecuencia de las normas de este procedimiento debe matizarse el punto de vista sostenido al estudiar “frente a quien se ejerce o puede ejercerse” el derecho a

obtener el asiento; pues sería necesario el agotamiento del trámite administrativo. Claro es que esta solución vacía de contenido la disposición legal que atribuye al R. la responsabilidad de la calificación.

Si se demandase al R. en vía civil se encontraría, quizá, ante un grave dilema = (i) o bien aceptaba la competencia civil y asumía su responsabilidad profesional o (ii) señalaba la procedencia del cauce de lo contencioso, y la necesidad del previo agotamiento de la vía administrativa, excusando así su personal responsabilidad.

XXVII. Indole de las pretensiones

1) Elemento común es la práctica de un asiento registral.

277

2) Base de esa pretensión es la de obtener declaración judicial acerca de la validez formal del título, de la validez material del acto o contrato que presente o formalice; y de la capacidad y legitimación del otorgante, si estos extremos fuesen negados por la calificación.

3) Otra base puede ser la de obtener la declaración judicial de que el título presentado por sí solo contiene elementos suficientes para formular la calificación, entrando o sin entrar en el fondo de ésta.

4) La pretensión de más delicado planteamiento, y de más difícil exposición ahora, es la que persigue la declaración de procedencia del asiento por concurrir los requisitos legales habilitantes, aunque no concurren otros requisitos establecidos en uso de la potestad reglamentaria, en cuanto éstos puedan suponer una restricción sin base legal respecto de los requisitos legales para obtener la inscripción.

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION COMENTADA

PROPIEDAD DE MARISMAS DESECADAS

(Res. 13 junio 1992)

RESOLUCION de 13 de junio de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Bilbao don José María Arriola Arana contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santoña a practicar una rectificación registral en virtud de apelación de este último funcionario (BOE 16 julio 1992).

281

“En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Bilbao don José María Arriola Arana contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santoña a practicar una rectificación registral en virtud de apelación de este último funcionario.

CONTENIDO DOCUMENTAL

Doña Iciar Alzola de la Sota es titular de las fincas 3.259 a 3.262 del Ayuntamiento de Ribamontañ al Mar y de la 3.694 y 3.695 del de Bárcena de Cicero, correspondientes al Registro de la Propiedad de Santoña. En la inscripción primera; tras describir las fincas como marismas, se expresa: «Siendo la zona marítimo-terrestre de dominio nacional y uso público por ministerio de la ley, se concedió autorización para que pueda cerrar, sanear y aprovechar con destino al cultivo... bajo las condiciones siguientes: Segunda: Las obras serán replanteadas por la Jefatura de Obras Públicas de la provincia y de dicha operación se levantará acta que será sometida a la aprobación correspondiente; cuarta: Terminadas las obras, el concesionario lo pondrá en conocimiento de la Jefatura de Obras Públicas de la provincia, a fin de que por la misma se proceda al oportuno reconocimiento. Del resultado de esta operación se levantará acta, que será sometida a la aprobación competente;

novena: Esta concesión se entenderá otorgada a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero; decimocuarta: La falta de cumplimiento por el concesionario de cualquiera de las condiciones anteriores será causa de caducidad de la concesión.»

Las concesiones a perpetuidad por desecación de las marismas fueron aprobadas en cuanto a las fincas 3.259 a 3.262, inclusive —Real Decreto de 28 de octubre de 1925— por acta de reconocimiento, replanteo y recepción definitiva por la Dirección General de Obras Públicas con fecha 10 de julio de 1930, y en cuanto a las fincas 3.694 y 3.695 —Real Decreto de 13 de febrero de 1926— por actas de 11 de mayo de 1934 y de 7 de diciembre de 1933; habiéndose hecho constar en el Registro sólo respecto de la última —la 3.695— la cancelación de las condiciones establecidas.

En acta notarial, autorizada por el Notario de Bilbao don José María Arriola Arana, de 26 de diciembre de 1988, la titular de las fincas señaladas antes solicita la rectificación unilateral de los asientos registrales, ya que, en base a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 y su Reglamento de 19 de enero de 1928 y doctrina del Consejo de Estado que se cita, jurisprudencia del Tribunal Supremo y de este Centro directivo, el vínculo jurídico que liga a la compareciente respecto de las fincas señaladas es el de pleno dominio, solicitando que así se consigne en el Registro y se cancelen las cargas —artículo 355 del Reglamento Hipotecario— que aparentemente figuran como tales, dado que «no son más que cargas morales a regularse y exigirse de acuerdo con los intereses públicos imperantes en cada momento».— Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1976.

CALIFICACION

Presentada la anterior acta en el Registro de la Propiedad de Santoña, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Respecto de las fincas comprendidas en los números 1 a 5 del punto 1.º de la estipulación, se deniega la práctica de la operación solicitada por cuanto de la inscripción 1.ª de dichas fincas, y entre las condiciones de la concesión, la 9.ª dice: “Esta condición se entenderá otorgada a perpetuidad dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”. Dado que de los términos de dicha inscripción resulta que el propietario es la Administración concedente, referido asiento produce todos sus efectos hasta que no se declare su inexactitud no siendo procedente la solicitud de uno de los titulares, el concesionario, ya que se vulneraría la propiedad del otro titular, el concedente, al practicarse una cancelación para la cual sería necesario observar lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Respecto de la finca número 6 del citado exponendo I, no se practica operación alguna, ya que las condiciones derivadas de la concesión se cancelaron por nota al margen de la inscripción 4.ª, al folio 127, libro 41 del término municipal de Bárcena de Cicero, tomo 700 del archivo.— Santoña, 16 de febrero de 1989.— El Registrador.— Emilio Durán de la Colina.»

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo y alegó: Que en las inscripciones de las fincas no se refleja con la debida claridad la distinción entre la «fase previa o provisional y la fase definitiva» de plena propiedad, por lo que sólo una persona experta jurídicamente puede deducir la naturaleza del derecho inscrito; que el origen de la adquisición de la propiedad de las cinco fincas radica en las diversas concesiones a perpetuidad para desecación o saneamiento de marismas otorgadas con arreglo a la legislación entonces en vigor: que la naturaleza de estas concesiones tanto en la doctrina como en los dictámenes del Consejo de Estado, Tribunal Económico, Administración Central, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y jurisprudencia del Tribunal Supremo, con rara unanimidad se ha acogido a la tesis de la «degradación» o «desafectación automática» o «conversión» en donde la concesión queda consumada desde el punto de vista de la prestación exigida al particular, y por estar íntimamente ligada a ella, se produce automáticamente la realización de la contraprestación administrativa, o sea, de cesión de la propiedad de los terrenos; que, en relación a la finca 3.695, así lo entendió en su día el Registrador al cancelar las condiciones de la concesión haciendo constar el pleno dominio de la finca inscrita a favor del concesionario, y esta concepción jurídica es la que mejor responde además a su importancia económica, ya que en terrenos procedentes de la desecación de las marismas se asienta en parte mucha de la industria creada desde el siglo XIX (astilleros, siderurgia, industria conservera, etc.); que la expresión contenida en las condiciones: «Esta concesión se entenderá otorgada a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero» ha sido aclarada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1976 referida a una marisma desecada del mismo Registro de Santoña y en la que la concesión está redactada en idénticos términos a los que son objeto de este recurso, señalando nuestro más Alto Tribunal que tal expresión no es óbice a que los terrenos perdieran su calidad de públicos y se hicieran privados, puesto que la misma ha de entenderse —para que tenga sentido— a otros posibles derechos de propiedad de otros particulares; y que en este recurso no se trata de cancelar un derecho registrado, sino de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9.º, 2.º, de la Ley Hipotecaria de que consta en forma explícita la naturaleza del derecho real inscrito.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, alegó: Que la escritura calificada no es documento suficiente para acceder a lo pretendido y que el hecho de que la finca se describa en el Registro como rústica nada supone acerca de la naturaleza del derecho que el asiento publica; que las condiciones impuestas al concesionario al otorgarse la concesión no han sido

canceladas y afectan a todas las transmisiones de la finca, que el supuesto de hecho es distinto del que motivó la Resolución de 20 de diciembre de 1977, y que de la inscripción primera de la finca resulta que se trata de zona marítimo-terrestre, y, finalmente, en la Resolución de 20 de junio de 1983 se declara que no cabe que el Registrador, en base a una instancia del interesado, pueda proceder a la conversión del contenido del asiento en otro de pleno dominio.

AUTO PRESIDENCIAL

El Presidente del Tribunal Superior de Castilla y León revocó la nota del Registrador en base a que el actual supuesto no se trata de la cancelación de una titularidad dominical correspondiente al Estado, sino de la *conversión* jurídica de las concesiones en propiedades particulares que se produce «*ipso juris*» por la realización de las obras de desecación de las marismas, según ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sentencias de 23 de marzo de 1972 y 10 de noviembre de 1976, y así se practicó en el Registro de la Propiedad respecto de la finca número 6 del documento calificado.

REPLICA

284

Apelado el anterior auto por el Registrador, este Centro directivo, y en base a lo establecido en el artículo 124 del Reglamento Hipotecario y en diligencia para mejor proveer, acordó le remitiera nota simple de las inscripciones primera de las fincas 3.259 a 3.262, inclusive, así como de la 3.694, en donde constan las condiciones de la concesión hecha por la Administración.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 y el Real Decreto-ley de 19 de enero de 1928, la Ley de 24 de julio de 1918, la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, las Leyes de Costas de 29 de abril de 1969 y 28 de julio de 1988, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 23 de marzo y 19 de abril de 1972 y 10 de noviembre de 1976, los dictámenes del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1949, 3 de julio de 1953 y 14 de julio de 1966 y las Resoluciones de este Centro de 20 de diciembre de 1977 y 20 de junio de 1983:

1. Este recurso plantea la cuestión de si puede el Registrador, en base a una escritura otorgada unilateralmente por el titular registral de una concesión de marismas, proceder a su conversión en inscripción de dominio y cancelar asimismo las condiciones establecidas, dada la legislación vigente en la época de la concesión y las circunstancias del supuesto reflejadas en los apartados I y II de los hechos.

2. En el estudio y consiguiente resolución del supuesto concreto planteado habrá de tenerse en cuenta la normativa vigente al tiempo de otorgarse las respectivas concesiones —Reales Ordenes de 28 de octubre de 1925 y Real Decreto de 13 de febrero de 1926 (véase hechos)— y aprobación de las obras de saneamiento por la Administración —actas de 10 de julio de 1930, 11 de mayo de 1934 y 7 de diciembre de 1933—, normativa que estaba constituida fundamentalmente por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, así como la Instrucción contenida en la Real Orden de 20 de agosto de 1883, la denominada Ley Cambó de 24 de julio de 1918 y el Real Decreto-ley de Puertos de 19 de enero de 1928.

3. Como ya declaró la Resolución de 20 de junio de 1983, el disfavor que hacia las marismas existía en el siglo pasado, por entender que eran nocivas para la salud pública —a diferencia de lo que sucede actualmente, en que se piensa es un elemento ecológico que no debe ser destruido— motivó una política legislativa que tendía a su desecación, y que era fomentada por el propio Estado y aparece recogida en las disposiciones legales antes citadas, que conferían una serie de derechos a los concesionarios que podían llegar incluso a la adquisición del dominio de los terrenos una vez desecados mediante las correspondientes obras de saneamiento.

4. En efecto, el artículo 57 de la Ley de Puertos de 1880 y el artículo 22 de la Instrucción de 1883 distinguían, de una parte, entre terrenos ganados al mar, en donde, tras la realización de las obras pertinentes, se adquiría la propiedad por el concesionario, y de otra, las marismas, en las que se distinguía aquellas que habían sido declaradas insalubres y a las que su desecación originaba, según el párrafo 4 del artículo 51 de la Ley de Puertos y 65 de la Ley de Aguas, una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado por la Administración, el que el titular de la concesión adquiriera el dominio de las mismas, mientras que en las marismas no declaradas insalubres sólo se daba lugar a la perpetuidad de la concesión (artículo 5.º de la Ley de Puertos y 20 de la Instrucción de 1883). Y este mismo criterio lo mantenían la Ley de 24 de julio de 1918 y el Real Decreto-ley de 19 de enero de 1928, así como la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 —artículo 5.º, apartado 3—. El criterio más restrictivo comienza ya en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y se acentúa en la vigente Ley de Costas de 28 de julio de 1988.

5. Diversas fuentes jurídicas, de las que se pueden destacar numerosos dictámenes del Consejo de Estado, han tratado la singularidad provocada por este negocio jurídico concesional; y una copiosa jurisprudencia declara que el derecho al aprovechamiento, una vez ejecutadas las obras de saneamiento, implica la propiedad privada del terreno para el concesionario por la pérdida de su condición de dominio público, al haberse producido una desafectación implícita del mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 y 10 de noviembre de 1976).

6. Al haber tenido lugar el evento que origina esta conversión jurídica,

es decir, la aprobación por la Administración de las obras ejecutadas según las actas antes reseñadas, la concordancia que ha de existir entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, permite el acceso a sus libros de la nueva titularidad dominical, como así se hizo constar en su día respecto de la finca número 6 de la escritura calificada, en la que se cancelaron además las condiciones derivadas de la concesión, según manifiesta el Registrador en la nota de calificación. Y todo ello sin perjuicio del sometimiento por parte del titular registral a la legalidad vigente contenida en la Ley de Costas de 28 de junio de 1988.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.”

COMENTARIO

286

La Resolución de 13 de junio de 1992 sienta el criterio de que una concesión de marismas, otorgada a perpetuidad al amparo de la Ley de Puertos de 1880, comporta la adquisición de la propiedad de los terrenos concedidos una vez que se han ejecutado las obras conforme al proyecto aprobado por la Administración. En consecuencia, la inscripción registral de concesión se puede transformar unilateralmente en inscripción de dominio, sin contar con la Administración.

La Resolución dictada ratifica el parecer sustentado en anteriores ocasiones por la Dirección General de Registros y Notariado en relación a las cuestiones mencionadas.

Pese a lo invocado expresamente en la Resolución transcrita, el criterio de la Dirección General de Registros y Notariado no se compadece bien con el parecer sustentado por el Consejo de Estado en diversas consultas; incluso con el contenido de algunos de los dictámenes que son citados por el Centro Directivo a la hora de justificar su decisión. Por ello, la Resolución merece algún comentario, habida cuenta, además, que el Consejo de Estado se ha pronunciado expresamente en sentido contrario al mantenido por el órgano del Ministerio de Justicia respecto a diversas concesiones sitas en los mismos parajes, las llamadas “marismas de Santoña”.

En la Resolución de 13 de junio de 1992, como en las

anteriores, los temas planteados son dos, a saber: el atinente a la naturaleza jurídica de los bienes y el relativo a la modificación de la correspondiente inscripción registral a instancia exclusiva del concesionario.

Las conclusiones a que llega la Dirección General de Registros y Notariado en ambas cuestiones se estiman incorrectas. En síntesis, las discrepancias se concretan en lo siguiente:

a) No puede afirmarse que los terrenos objeto de una concesión de marisma, otorgada a perpetuidad al amparo de la Ley de Puertos de 1880, para sanear y destinarla a uso agrícola, pasen a ser de propiedad del concesionario en cuanto se ejecutan las obras de desecación conforme al proyecto aprobado por la Administración.

b) En consecuencia, no se puede practicar la rectificación registral solicitada por cuanto no se trata de tal sino de una auténtica transformación de la inscripción existente.

287

La primera cuestión suscitada se desgrena en otras tres, a saber: a) la relativa a la naturaleza jurídica de los terrenos otorgados; b) la atinente al alcance de la conversión jurídica operada por su desecación; y c) la referida al eventual mantenimiento de la relación concesional sobre dichos terrenos, no obstante haber sido desecados, pues si no hubieren pasado a ser propiedad privada del concesionario resultaría imposible la rectificación registral solicitada.

I. Clases de terrenos concedidos

Para dar adecuada respuesta a las cuestiones planteadas, es preciso determinar con exactitud la índole de los terrenos otorgados.

Conforme a la legislación de puertos, aguas, costas y desecación de marismas, y dejando a un lado los bienes de propiedad privada que no interesan a los efectos de este comentario, las marismas, los terrenos encharcadizos y panta-

nosos y los terrenos a ganar al mar podían ser objeto de concesión. Aunque la doctrina, la jurisprudencia y la práctica administrativa tendían a tratarlos de la misma manera, unos y otros presentaban diferencias notables. Los conceptos de cada uno de ellos eran distintos, a saber:

a) Los *terrenos ganados al mar* eran los conquistados a las aguas marinas por el concesionario tras la realización de las obras pertinentes. Así se deducía de lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Puertos de 1880 y en el artículo 22 de la Instrucción dictada en la materia y aprobada por Real Orden de 20 de agosto de 1883.

b) Las *marismas*. Se reputaban como tales, conforme a la Ley de 24 de julio de 1918, denominada comúnmente “Ley Cambó”, “todo terreno bajo de la zona marítimo-terrestre o del estuario actual o antiguo de un río, cualquiera que sea su naturaleza, que se inunda periódicamente en las mareas o en las épocas de crecidas y permanece encharcado hasta que la evaporación consume las aguas almacenadas, o produzca emanaciones insalubres en la bajamar o en época de calmas aun cuando no encharcamientos”. Las marismas podían ser **insalubres o no insalubres**. La distinción entre unas y otras venía determinada por una declaración formal de la Administración hecha en tal sentido.

c) Los *Terrenos pantanosos o encharcadizos* eran “aquellos en donde abundan charcas o cenagales, sin llegar a merecer la calificación de pantano natural por su dimensión o por la continuidad del encharcamiento”. Aunque la Ley de 1918 no establecía la distinción entre terrenos pantanosos o encharcadizos declarados insalubres o no, al ser una disposición meramente de ayudas, la diferenciación contenida en las Leyes Puertos y Aguas era también válida para este tipo de bienes. Al igual que en el caso de las marismas, la distinción entre unos y otros venía determinada por una declaración formal hecha por la Administración en tal sentido.

La concesión a que se refiere la Resolución comentada, otorgada al amparo de la Ley de Puertos de 1880, tenía por

objeto una marisma no declarada insalubre y sita en zona marítimo-terrestre, al estar invadida por las aguas marinas. Los bienes otorgados lo fueron para ser cerrados, saneados y aprovechados con destino a uso agrícola. Así lo declara y reconoce la Resolución de 13 de junio de 1992.

II. Naturaleza de las marismas y tierras encharcadizas

Antes de la publicación de la vigente Ley 22/1988, de Costas, las marismas y los terrenos encharcadizos no eran todas de dominio público, aunque ello fuera objeto de discusión doctrinal. Lo eran las que se encontraban en la zona marítimo-terrestre, esto es, las que se inundaban, permanente o periódicamente, de agua procedente de la ría. Las que no estaban en dicha zona podían ser de propiedad privada como se deducía del artículo 48 del Real Decreto Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y del artículo 51 de la Ley de Puertos de 1880, hoy derogado, que preveían expresamente la desecación de marismas de "propiedad particular", al igual que lo hacían los artículos 60 a 65 de la Ley de Aguas de 1879.

289

La existencia de marismas y terrenos encharcadizos de propiedad privada fue reconocida por el Consejo de Estado en dictámenes de 3 de julio de 1953 (número 12.277), de 14 de julio de 1964 (número 30.042) y de 20 de enero de 1977 (número 40.561).

En el caso de la concesión a que se refiere la Resolución de 13 de junio de 1992, y tal como la misma reconoce implícitamente, los terrenos otorgados eran bienes de dominio público pues formaban parte de la denominada zona marítimo-terrestre, según consta en la inscripción registral.

III. Conversión jurídica de los terrenos concedidos

Sobre parcelas marismosas y terrenos encharcadizos de dominio público, se otorgaron concesiones con el fin de obtener su desecamiento e, incluso, en ocasiones, de destinarlas ulteriormente a otros fines. Producida la desecación, las aguas, marinas o no, y la propia marisma o terreno encharcadizo desaparecían y, con ellas, la base natural de la que se derivaba el carácter de dominio público del solar, cuya afectación no se debía a un acto expreso de la Administración, sino a sus características físicas.

La pérdida del carácter de dominio público de los terrenos desecados ha sido estudiado en diversos dictámenes del Consejo de Estado. Así, en el de 14 de diciembre de 1949 (núm. 5.127) se denominaba “verdadera conversión jurídica” a esta pérdida de su condición de dominio público; en el de 3 de julio de 1953 (núm. 12.277) se entendía este hecho como “una verdadera desafectación”; en el de 12 de julio de 1974 (número 38.801) se decía que “la concesión para desecarlas y sanearlas se dirige expresamente a eliminar esas características naturales de signo tan negativo, de forma que en las marismas de dominio público el cumplimiento de la concesión transforma el bien hasta el punto de que lo hace perder su condición demanial”. Igual doctrina se reiteró en los dictámenes números 30.042 (14 de julio de 1964), 40.561 (20 de enero de 1977), 45.575 (14 de octubre de 1983) y 793/91 (25 de julio de 1991). En la Memoria correspondiente a 1988, el Consejo de Estado afirmaba:

“Hay un hecho indiscutible, cuyas consecuencias jurídicas son en principio irreversibles, salvo que hubiese lugar a una *restitutio in integrum*. Y este hecho consiste en que se han realizado materialmente unas obras que han transformado la naturaleza física y jurídica de los terrenos concedidos, los cuales, por virtud de las mismas, han dejado de ser de dominio público y se han convertido en bienes de propiedad pri-

vada, siendo cuestión distinta la atribución de su titularidad dominical a un sujeto determinado.

Se parte pues del hecho de que se ha operado una mutación demanial ("*degradatio*").

Debe hacerse especial hincapié que en los dictámenes citados no se establecía una necesaria concatenación entre *degradatio* y atribución de propiedad de los terrenos en favor del concesionario. Sólo se sentaba el criterio de que los terrenos pasaban a estar en el comercio de los hombres y, en consecuencia, eran susceptibles de ser adquiridos mediante los modos admitidos en derecho, en especial, mediante usucapión. Si alguno reconocía la titularidad sobre los terrenos en concepto de dueño del originariamente concesionario por efecto de la conversión jurídica, lo hacía cuando así lo disponía expresamente la Ley pero nunca en los casos de otorgamientos a perpetuidad.

Lo que quedaba fuera de dudas era que las marismas y terrenos encharcadizos y pantanosos de dominio público dejaban de serlo con su desecación. Esa pérdida de su carácter de dominio público era, y es, irreversible, salvo en un caso: cuando la antigua marisma vuelve a su primitivo ser, resultando nuevamente inundada por las aguas. La inundación comporta que la marisma vuelve a formar parte del dominio público natural, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1.a) de la Ley 22/88, de 28 de julio, ya que su disposición transitoria 2.2 sólo ampara los terrenos desecados o ganados al mar en cuanto conservan dicha condición.

La aplicación de lo expuesto al caso a que se refiere la Resolución de 13 de junio de 1992 comporta, como bien señala la Dirección General de Registros y Notariado, la conversión física y jurídica de los terrenos otorgados. Dejaron de estar inundados por las aguas del mar y, en consecuencia, de ser bienes de dominio público. Pasaron a ser bienes de propiedad privada.

IV. Titularidad de los terrenos concedidos y desecados

1. Establecida la naturaleza patrimonial y no de dominio público de los terrenos desecados, era preciso determinar a quién correspondía su propiedad. Esta cuestión, bajo el régimen anterior a la vigente Ley de Costas, fue tratada por el Legislador de forma singular, de fomento de la desecación, que podía resumirse en las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de julio de 1918:

“Queda bien clara la naturaleza de aquellos terrenos que, invadidos por las aguas del mar o por las aguas dulces de los ríos o desagües de riegos, constituyen hoy extensas superficies de intensos focos de infección y de paludismo que conviene a todo trance sanear, no sólo en bien de la salubridad pública, sino que también para acreecer la zona agrícola, aumentando las superficies de producción, que de incultas puede pasar a ser tierras feraces”.

292

A la vista de la legislación vigente con anterioridad a la actual Ley 22/88, de Costas, se podía afirmar que:

a) Los *terrenos ganados al mar* pasaban a ser propiedad del concesionario tras la realización de las obras pertinentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Puertos de 1880 y en el artículo 22 de la Instrucción dictada en la materia y aprobada por Real Orden de 20 de agosto de 1883.

b) Las *lagunas, pantanos o terrenos encharcadizos declarados insalubres* desecadas por los particulares quedaban de propiedad de éstos, una vez saneados los terrenos y ejecutadas las obras conforme al proyecto aprobado.

c) Las *marismas*. A la vista de la Ley de Aguas de 1879, Ley de Puertos de 1880 y Ley de 24 de julio de 1918, los distintos supuestos eran:

a”) **Marismas declaradas insalubres:** Se aplicaba la Ley de Aguas, de tal suerte que el concesionario hacía suyos, a título de dueño, los terrenos desecados y saneados, una vez ejecutadas las obras conforme al proyecto aprobado por la Administración.

b") **Marismas que no habían sido declaradas insalubres:**

1.— **Si se habían pedido auxilios al Estado para la desecación**, se aplicaba la Ley de 24 de julio de 1918. Conforme a ésta el concesionario sólo adquiría un derecho administrativo, por cuanto los terrenos revertían al Estado transcurridos noventa y nueve años contados a partir de la terminación de las obras.

Esa reversión podía cancelarse cuando la totalidad de los terrenos saneados en una determinada concesión hubiesen sido cedidos por el Estado y se le reintegrare el importe de la subvención con un interés anual del tres por ciento desde las fechas correspondientes a su percibo.

En estos casos, el concesionario podía inscribirlos en el Registro de la Propiedad a su nombre, aunque sujetos a condición, tan pronto como acredite que fueron desecados.

2.— **Si no se habían pedido auxilios al Estado para la desecación**, eran de aplicación los preceptos de la Ley de Puertos de 1880. Conforme al artículo 55, las concesiones se otorgaban **a perpetuidad**, de tal suerte que el concesionario no adquiría la propiedad de los terrenos ocupados. La perpetuidad de la concesión se consolidaba una vez ejecutadas las obras conforme al Proyecto aprobado por la Administración.

Todo ello de conformidad con lo prevenido en el artículo 51 de la Ley de Puertos de 1880 y artículo 64 de la Ley de Aguas de 1879, ulteriormente ratificado por la Ley de 24 de julio de 1918 y Real Decreto Ley de 19 de enero de 1928.

2. De lo expuesto, se observa que, para estimular los trabajos de desecación, en algunos casos, se otorgó desde antiguo al que los ejecutara la propiedad de la tierra pública en que se hallaban las marismas y tierras pantanosas o encharcadizas de titularidad pública. Así había sido interpretado desde hace más de un siglo por el Consejo de Estado que, en *dictamen de 27 de junio de 1862* (recogido en el Preámbulo de la Real Orden de 1 de noviembre de 1863), señalaba:

“Que, aunque impropriadamente o en un sentido lato quisiera decirse que son del dominio público de la nación, la jurisprudencia de todos los tiempos tiene establecido que los terrenos ganados al mar a consecuencia de obras construidas por sociedades o particulares sean de su propiedad, a no haberse establecido otra cosa al conceder la autorización, por éste el premio en la ejecución (...) y al beneficio que hacen al Estado (...) acrecentando la riqueza general con terrenos que en su anterior estado no eran utilizables por nadie”

Las formulaciones legales posteriores respondían al mismo principio de fomento al regular las concesiones de terrenos de marismas: su fin era la desecación y, tras ella, pasaban al dominio privado. En ese sentido, el artículo 5 de la Ley de 3 de agosto de 1866, disponía:

“Los terrenos ganados al mar por consecuencia de obras construidas por el Estado o por las provincias, pueblos o particulares competentemente autorizados, serán de propiedad de quien hubiere construido las obras, a no haberse establecido otra cosa en la autorización”.

Y el artículo 105 del mismo Cuerpo Legal exponía:

“El terreno saneado quedará de propiedad de quien hubiere realizado la desecación o el saneamiento...”

A partir de esta norma legal se produjo una bifurcación en la regulación de las aguas en el derecho español. Sin embargo, el principio informador de la disciplina de unas y otras era el mismo, tanto en las marítimas como en las dulces. Así, la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, en su artículo 65, preveía que

“si los pantanos, lagos o terrenos encharcadizos declarados insalubres perteneciesen al Estado y se presentase una proposición ofreciéndose a desecarlos y sanearlos, el autor de la proposición quedará dueño de los terrenos saneados, una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado...”

Por su parte, la Ley de Puertos remitía a la Ley de Aguas “para la desecación o saneamiento de los terrenos de marismas que fueren declarados insalubres” (artículo 51).

En el mismo sentido, la última de las normas legales que respondía al criterio de fomento por otorgamiento de la propiedad fue la Ley Cambó de 24 de julio de 1918, cuyo artículo 1, b), disponía:

“Una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado, quedará dueño el concesionario de los terrenos saneados...”

3. Ahora bien, no en todos los casos se atribuía al concesionario la propiedad de los terrenos desecados. Así, la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 establecía en su artículo 55 que “las concesiones de marismas (no declaradas insalubres y para las que no se había solicitado auxilios al Estado) se otorgarán sin pública licitación y a perpetuidad” (en expresión que sería reiterada ulteriormente por el Real Decreto Ley de 19 de enero de 1928).

El otorgamiento “a perpetuidad” excluía, en principio, la traslación de la propiedad de los terrenos otorgados. La concesión tenía carácter meramente locativo, pues pretendía autorizar un uso más o menos prolongado (“a perpetuidad”), compatible con la permanencia de los bienes en el patrimonio del Estado. En modo alguno, el otorgamiento perseguía un cambio de titularidad dominical.

No obstante lo expuesto, el hecho de que la Ley de Puertos sólo mencionara la “perpetuidad” de las concesiones no comportaba que no se pudiera producir en singularísimos casos el efecto de una posible transmisión del dominio de los terrenos desecados con ocasión de concesiones no acogidas a la Ley Cambó. El Consejo de Estado, en la Memoria correspondiente al año consultivo de 1988 ya citada, así lo afirmó

“alguna vez se ha dicho que, así como en las concesiones que se rigen por la Ley Cambó de 24 de junio de 1918 resulta clara la atribución de la titularidad dominical a favor del concesionario, una vez realizadas las obras, no puede decirse lo mismo de las que fueron otorgadas al amparo de la Ley de Puertos de 1880. Pero, como ya se había indicado

en el dictamen que acaba de citarse (era el de 14 de octubre de 1983, núm. 45.575), los efectos jurídico-reales de la concesión, que se traducen en una atribución de la plena propiedad de los terrenos o de un simple derecho de uso, permaneciendo la titularidad pública de los mismos, no dependen del dato formal de que la concesión deba regirse por la Ley de 1880 o la de 1918, sino que se deriva de su propia naturaleza y de las cláusulas concretas que hayan sido acordadas”.

La jurisprudencia y la doctrina posterior del Consejo de Estado también reconoció en algunos casos y de forma singular el efecto de atribución de la propiedad al particular autorizado para realizar los trabajos de desecamiento. En tal sentido, pueden citarse las *Sentencias de 23 de marzo de 1972, de 10 de noviembre de 1976, 27 de marzo de 1978 y de 7 de febrero de 1984* y los *dictámenes del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1952 (número 10.348) y 3 de julio de 1953 (12.277)*. En todo caso, debe resaltarse que la atribución de propiedad en las concesiones otorgadas al amparo de la Ley de Puertos de marismas no declaradas insalubres y no acogidas al sistema estatal de auxilios constituía una auténtica singularidad, sólo posible cuando resultaba inequívocamente del pliego concesional la voluntad de la Administración de conceder al negocio carácter traslativo.

No es éste el caso de la concesión a que se refiere la Resolución comentada pues, en el pliego de otorgamiento, había constancia expresa de la voluntad de dejar la propiedad en el ámbito público al incluirse que la concesión se otorgaba “a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad...”

4. La línea legislativa de atribución de la propiedad de los terrenos otorgados al concesionario se invirtió a partir del 4 de febrero de 1982, fecha en que se publicó el Convenio para la protección de humedades de 2 de febrero de 1971, de sentido marcadamente preservador de tales terrenos. Esta tendencia ha sido continuada por la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y por la Ley 22/88, de Costas.

5. Importa destacar que, conforme al régimen jurídico de las marismas y tierras encharcadizas expuesto, tras la desecación de los terrenos, y según los casos, el concesionario:

a) bien los hacía suyos plenamente a título de dueño (terrenos ganados al mar, lagunas, pantanos o terrenos encharcadizos declarados insalubres y marismas declaradas insalubres);

b) bien adquiría el derecho a disfrutarlos “a perpetuidad” (marismas no declaradas insalubres y para cuya desecación se percibieron auxilios estatales);

c) bien los conservaba a título de dueño durante un período de noventa y nueve años, pero con la obligación de devolverlos al Estado al término de dicho plazo salvo que devolviera los auxilios percibidos (marismas no declaradas insalubres y para cuya desecación se percibieron auxilios económicos estatales).

Como se observa, el titular de los terrenos tenía derechos de distinta naturaleza en cada caso. Ello explicaba la diferente terminología utilizada por las sucesivas disposiciones legales y permitía fijar el distinto alcance de expresiones tales como “quedar dueño”, “propiedad”, de un lado, y “a perpetuidad”, de otro.

En el primer caso citado, el concesionario dejaba de serlo; quedaba dueño de los terrenos otorgados y pasaba a ser propietario, esto es, titular de un derecho real de carácter civil gracias al cual señoreaba plenamente sobre los bienes que en su día le fueron otorgados. Ello era consecuencia de que las concesiones atributivas de la propiedad de los terrenos ganados al mar o desecados no eran en sí mismas consideradas simples colaciones de un uso privativo sobre bienes de dominio público, sino que tenían una finalidad transmisiva. La finalidad de las concesiones que atribuían la propiedad no era la de permitir un uso privativo, más o menos prolongado (“a perpetuidad”), compatible con la permanencia en el patrimonio público de los terrenos, sino transformarlos en otra cosa distinta a la que tenían originariamente.

En el segundo caso, el concesionario “a perpetuidad” conservaba —y conserva— el carácter de tal. Era simple titular de un derecho real administrativo que recaía sobre bienes que, aun cuando hubieran perdido su carácter de dominio público, seguían (y siguen) perteneciendo al Estado a título de propiedad privada (patrimoniales). El derecho del concesionario de una marisma se aproximaba al de dominio (*Dicamen del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 1950*) pero era distinto de éste, por cuanto la Administración se reservaba facultades permanentes e inherentes sobre los bienes. Al concesionario sólo le correspondía un derecho exclusivo de uso y aprovechamiento, por cuanto la propiedad era del Estado. No era dueño sino que simplemente tenía un derecho a usar los terrenos a perpetuidad (en origen; 99 tras la Ley de Patrimonio del Estado y 30 tras la Ley de Costas de 1988). Por ello, la Administración conservaba sobre los bienes unas potestades exorbitantes si se las consideraba desde la institución del dominio privado, pero fácilmente comprensibles si se atendía a la índole pública de los terrenos.

Por último, en el tercero de los casos indicados, el concesionario no pasaba a ser propietario de los terrenos, pero podía llegar a serlo. En efecto, la Ley de 24 de julio de 1918 disponía que cuando las obras de desecación se hubieran realizado con auxilios del Estado, los terrenos revertirían a éste a los 99 años, salvo que el concesionario pagara el valor de tasación de los terrenos cedidos gratuitamente por el Estado o el importe de la subvención, incrementado en un tres por ciento anual de interés. El artículo 52 del Real Decreto Ley de Puertos de 1928, sin precedente en la Ley de 1880, establecía en este sentido:

“Cuando se soliciten concesiones de marismas, con auxilio del Estado, regirán para la tramitación y otorgamiento de las mismas los preceptos de la Ley de 24 de julio de 1918, con las modificaciones dispuestas en el Real Decreto Ley de 19 de julio de 1927”.

En estos casos, es claro que la propiedad de los terrenos no correspondía al concesionario, sino que permanecía en la Administración, que se limitaba a ceder por un tiempo determinado su aprovechamiento. La devolución de los auxilios del Estado operaba como una verdadera enajenación por parte de éste de un inmueble perteneciente a su patrimonio, sin que ello violara la inalienabilidad característica de los bienes de dominio público.

6. Llegados a este punto, interesa además poner de manifiesto la ligazón existente entre la atribución de la propiedad y las obras de desecamiento. En efecto, la finalidad perseguida por la Administración Pública al otorgar la concesión que confería el dominio de los terrenos era ante todo que fueran desecados a costa del particular. Se trataba de una técnica de fomento, como se puso de manifiesto en el artículo 99 del Reglamento de Puertos de 19 de enero de 1928:

“Para que las concesiones de marismas se otorguen a perpetuidad, será condición indispensable que el aprovechamiento para que se soliciten implique la desecación y saneamiento del terreno.

En otro caso, se equipará la concesión las expresadas en el artículo 42 de la Ley y se otorgará sin plazo limitado, quedando sujetas a lo dispuesto en el artículo 47”.

La íntima vinculación entre desecación y atribución de propiedad comportaba que el objeto de este tipo de concesiones fuera precisamente el saneamiento y desecamiento, pues cualquier condición impuesta sobre el ulterior destino de los terrenos, una vez de propiedad privada, o bien más que condición, había de entenderse como motivo del otorgamiento, o bien obligaba a concluir que la Administración no tenía voluntad de transmitir la plena propiedad, sino tan sólo un derecho de utilización privativa, prolongado incluso a perpetuidad.

Así pues, cuando la concesión de marisma contemplaba fines distintos del desecamiento puro y simple, estableciendo

la obligación del concesionario de destinar los terrenos otorgados a determinadas y concretas finalidades, no cabía (ni cabe) entender que la Administración transfería la propiedad de éstos sino sólo un amplio derecho de uso de naturaleza concesional. La dedicación de los terrenos a un uso determinado era una circunstancia decisiva y determinante de su otorgamiento que pervivía a lo largo de toda la vida de la concesión y que subsistía tras la realización de la desecación. No procedía pues la aplicación de los preceptos especiales de legislación de fomento antes reseñados en los casos en los que se estableció al momento del otorgamiento un fin distinto del puro del desecamiento. La desecación comportaba la *degradatio* del bien concedido también en estos casos y, por ende, la pérdida de su condición de bien de dominio público, pasando a ser de propiedad privada, pero no del concesionario sino del Estado, de tal suerte que se incorporaban al Patrimonio de éste último. La concesión no se extinguía, sino que la Administración ejercía sus potestades sobre bienes patrimoniales conforme a lo previsto en el artículo 127 de la Ley del Patrimonio del Estado y podía (y puede en las concesiones existentes aún) declarar su caducidad caso de incumplimiento de la obligación determinada y concreta de destinar los terrenos otorgados a una finalidad específica. Así lo declaró reiteradamente el Consejo de Estado en numerosas consultas (*Vid.* por todos *Dictámenes* 793/91, de 25 de julio de 1991 y 73/92, de 26 de noviembre de 1992) incluso para concesiones de marismas declaradas insalubres y, por tanto, atributivas al concesionario de la propiedad de los terrenos.

Es claro que dicho criterio era también aplicable a los titulares de concesiones “a perpetuidad”, dado el carácter *más débil* de su derecho, de índole administrativa.

7. La aplicación de la doctrina expuesta al caso contemplado por la Resolución de 13 de junio de 1992 conduce a afirmar que el concesionario no adquirió la propiedad de los terrenos otorgados en su día en las marismas de Santoña.

Adquirió únicamente un derecho real administrativo a disfrutar los bienes “a perpetuidad”, pero en un concepto distinto al de dueño: en el de concesionario. El otorgamiento se hizo al amparo de la Ley de Puertos y no le atribuyó la propiedad de la marisma desecada, por cuanto ésta no había sido declarada insalubre. El concesionario adquirió simplemente un derecho de uso y aprovechamiento “a perpetuidad” de los terrenos, condicionado además al cumplimiento de la obligación de destinarlos a usos agrícolas. El tenor del otorgamiento (“a perpetuidad”) y la obligación de destino comportaban (y comportan), de una parte, que debía negarse el carácter de propietario del concesionario y, de otra, que debía estimarse la pervivencia de la relación concesional. En ese sentido, había que señalar que la redacción del apartado 3 de la disposición transitoria sexta del Reglamento de Costas, dada por el Real Decreto 1112/1992, establecía (y establece) que el mantenimiento de la situación jurídica de los terrenos desecados en la ribera del mar al amparo de una cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de la Ley de Costas, se entendía referido exclusivamente a las concesiones en que las cláusulas del otorgamiento recogían expresamente la previsión de entrega en propiedad de los terrenos afectados, lo que no ocurría en el caso presente. La pervivencia del vínculo concesional se veía además ratificada por las cláusulas de los otorgamientos de concesiones de marismas en la zona, y entre ellas la contemplada por la Resolución de 13 de junio de 1992, que preveían que “si el concesionario deseara hacer un aprovechamiento distinto de aquél para el que ha sido concedida la marisma deberá solicitarlo” de la Administración y que “el incumplimiento de cualquiera de las condiciones será causa bastante para declarar la caducidad”.

En síntesis, el concesionario no pasó a ser propietario ni aun después de haber desecado la marisma. En consecuencia, la inscripción de la concesión no debió transformarse en inscripción de dominio y mucho menos suprimirse las denomi-

nadas “cargas morales” pues no eran tales sino auténticas obligaciones jurídicas que definían el derecho del concesionario.

8. Alcanzada la conclusión expuesta, resulta impertinente el contenido del último fundamento jurídico de la Resolución comentada por cuanto ni podía producirse la conversión de la inscripción de concesión en otra de dominio, ya que carecía de base objetiva y material, ni dicha conversión se podía producir mediante el procedimiento previsto para la rectificación registral de errores materiales, sin audiencia, incluso, del titular de los bienes, la Administración. A ésta, sólo le cabe el ejercicio de las acciones pertinentes ante los tribunales ordinarios a fin de obtener la cancelación de los asientos indebidamente practicados.

V. Conclusiones

En fin, la Resolución de 13 de junio de 1992, al acoger la doctrina que expresa, sostuvo un criterio que no se considera acertado por cuanto:

1. *Equipara y da un tratamiento igual a concesiones de marismas, terrenos encharcadizos y pantanosos que eran distintas.*

Las concesiones de este tipo de bienes no eran reducibles a una única categoría y ello, no sólo por la distinta naturaleza de los terrenos otorgados, sino también por el régimen jurídico aplicable a unos y otros. Como se ha puesto de manifiesto, las marismas y los terrenos pantanosos o encharcadizos de titularidad pública tenían un régimen jurídico distinto según hubiesen sido declarados insalubres o no y según se hubiesen percibido auxilios del Estado o no. Estas notas cualificadoras eran de notable relevancia a la hora de determinar si hubo o no adquisición de la propiedad por el con-

cesionario tras la desecación. Los datos relativos a dichos extremos, aunque citados por la Resolución, no son tenidos en cuenta por lo general a la hora de resolver.

2. Atribuye incorrectamente la propiedad al concesionario en todos los casos por la mera desecación de los terrenos otorgados.

La Dirección General de Registros y Notariado atribuye a los concesionarios la propiedad de los terrenos otorgados por la mera desecación. Y ello es incorrecto, por cuanto en algunas ocasiones, el desecamiento determinante de una auténtica conversión jurídica del bien concedido (*"degradatio"*), sólo atribuía al concesionario un derecho de concesión perpetua, correspondiendo la propiedad al Estado.

3. Confunde derecho de propiedad y derecho concesional a perpetuidad.

303

La Dirección General de Registros y Notariado equipara derecho de propiedad con concesión a perpetuidad. Dicha equiparación no era (ni es) admisible. La propiedad es un derecho civil pleno en el que su titular señorea sus facultades sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o las derivadas de la concurrencia de otros derechos. En la concesión a perpetuidad, su titular carece del dominio, que corresponde a la Administración, y ejerce unas facultades limitadas, bajo la inspección y tutela de la Administración, de tal suerte que el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre él puede determinar la pérdida del derecho real administrativo que tiene.

4. *Permite la modificación sustancial de una inscripción mediante el procedimiento previsto para la rectificación registral de simples errores materiales.*

La Dirección General de Registros y Notariado permite indebidamente la transformación sustancial de una inscripción registral de concesión en otra de dominio mediante el procedimiento previsto para las simples rectificaciones registrales

5. *Menoscaba los derechos de la Administración a la hora de permitir la conversión de la inscripción registral sin oír al propietario de los bienes.*

Por último, la Dirección General de Registros y Notariado menoscaba los derechos de la Administración al permitir la conversión de una inscripción de concesión en otra de dominio en favor del concesionario, sin darle intervención alguna, pese a ser titular de los bienes. Esta conversión de la inscripción, carente de fundamento material y objetivo, es aún más grave por cuanto el concesionario se ve amparado por la legitimación procesal que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

“Principios de Derecho Civil”, Tomo I, Parte General y Derecho de la Persona, LASARTE ALVAREZ, C., editorial TRIVIUM, S.A., Madrid, 1.^a ed., septiembre 1992, un volumen de 509 págs.

HACIA UNA REVISION DEL DERECHO CIVIL

307

1. El autor

Van ya transcurridos bastantes años desde que en la primavera de 1980 cayera en mis manos un pequeño libro titulado *Autonomías y Derecho privado en la Constitución Española* del que era autor CARLOS LASARTE ALVAREZ. El libro, con un tratamiento desapasionado e impecable del viejo problema de las relaciones entre Código civil (Derecho Común) y Derechos Forales, me impactó profundamente y determinó que *mi Ponencia* en las “Jornadas sobre el Estatuto de Cataluña” (Barcelona, abril 1980) estuviera salpicada de constantes referencias a la obra y al autor (1). Posteriormente, con motivo del “Congreso de Jurisconsultos sobre Derechos Civiles Territoriales en la Constitución” (Zaragoza, octubre 1981) (2), tuve ocasión de conocer al autor,

(1) Mi PONENCIA aludida, titulada “La competencia legislativa en materia de Derecho Privado en Baleares”, fue publicada en el volumen colectivo a cargo de las entidades patrocinadoras, Barcelona, 1980, págs. 67-106. Actualmente forma parte como capítulo 2 de mi obra titulada *Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pág. 181 ss.

(2) Sobre el mismo puede verse el resumen efectuado por el notario J. ALVAREZ-SALA WALTHER, en *A.D.C.*, XXXV-2, 1982, pág. 375 ss.

Alusiones al mismo, con referencias críticas, en *mi obra citada en nota 1 precedente*: págs. 341 ss., y 432 y ss.

cambiar opiniones con él, manteniendo entonces a veces cordiales discrepancias y sosteniendo después amistosa correspondencia y relación. Por lo tanto, mi conocimiento del autor viene ya de antiguo y de lejos.

Resaltan como características fundamentales del Profesor Lasarte Alvarez —discípulo sevillano del que fue gran maestro civilista, Profesor Dr. D. Alfonso de Cossío y Corral, Catedrático en la Facultad de Derecho de Sevilla primero y ahora en la U.N.E.D.— la notable claridad de sus planteamientos, la elegancia en la dicción, la gracia sevillana en los ejemplos y cotejos, y la inteligibilidad extrema en sus proposiciones y argumentaciones.

Seleccionar aquí su variada producción científica sería tarea hartamente engorrosa. Baste señalar que es autor de parte del Tomo XI de los *Comentarios a las Leyes Políticas* (dir. O. ALZAGA, ed. EDERSA, Madrid, 1988) (3), y de un renombrado y difundido *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Manual para economistas* (luego subtítulo "Introducción al Derecho"), entre otras varias obras menores, comentarios y artículos en revistas.

Importa ahora señalar que la madurez intelectual del autor le permite abordar esta enorme tarea de plantear una verdadera nueva visión, re-visión, del viejo Derecho Civil español, dirigida fundamentalmente a los estudiantes de Derecho y "privada del magma histórico, dogmático e ius-comparatista que hace engrosar indebidamente obras que, en principio, deberían ser pedagógicas y propedéuticas".

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, no puede extrañar, de un lado, que el autor no nos diga cuáles son los *presupuestos metódicos* de los que ha partido, que excusa en función de "la confesada vocación didáctica de la obra", y que, de otro lado, lamente que su "Manual" de Derecho Civil aquí iniciado no sea un verdadero *Tratado* de la materia.

2. La obra

Un volumen, el aquí comentado, compuesto de un brevísimo *Prólogo* del autor y de 26 capítulos, cuya distribución o sistematización es *abierta*. O, de otro modo dicho, permite que cada cual se haga su especial composición del conjunto.

Al parecer, el LIBRO de dicho Congreso va a ver la luz en fechas próximas: esto es, ha tardado en aparecer *más de 12 años!*

(3) La referencia exacta es: "Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidos por OSCAR ALZAGA VILLAAMIL. Constitución Española de 1978. Tomo XI. Artículos 143 a 158". Comentados por LLUIS AGUILÓ LUCÍA *et alii*. Edit. R.D.P., (EDERSA), Madrid, 1988.

La parte adjudicada al Prof. LASARTE lleva como título "Materias reservadas a la competencia del Estado", y se refiere a los artículos 149.1.2.ª, 149.1.6.ª, 149.1.8.ª y 149.1.9.ª, y comprende las págs. 155 a 203.

Resumidamente, y desde mi particular perspectiva, cabe *distribuir* el conjunto como sigue:

- *Una INTRODUCCIÓN al Derecho Civil*. Comprensiva de los capítulos 1 al 5, titulados respectivamente: El Derecho Civil Español, La Codificación y los Derechos Forales, Ordenamiento Jurídico y Fuentes del Derecho, La Aplicación de las Normas Jurídicas, La Vigencia y Eficacia de las Normas.
- *El ejercicio de los derechos*. Son los capítulos 6 al 8, titulados: Los Derechos Subjetivos, El Ejercicio de los Derechos, la Prescripción y la Caducidad.
- *Derecho de la Persona*. Comprende los capítulos 9 al 19, titulados respectivamente: La Persona, Los Derechos de la Personalidad, La Capacidad de obrar (Edad y Sexo, Incapacitación), La Ausencia y la Declaración de Fallecimiento, la Nacionalidad, la Vecindad Civil y el Domicilio, El Registro Civil, Las Personas Jurídicas, Las Asociaciones, las Fundaciones.
- *Derecho de Bienes*. Son los capítulos 20 y 21, titulados Los Bienes y las Cosas, El Patrimonio.
- *El Negocio Jurídico*. Comprende muy resumidamente —no llega a ser la quinta parte del volumen— los capítulos 22 al 25, titulados: El Negocio Jurídico, La Voluntad Negocial, Otros Elementos del negocio jurídico, La Ineficacia del negocio jurídico.
- *La Representación*. Es el capítulo 26 y último.

309

El hecho de mi personal distribución tampoco alude a un especial presupuesto metodológico, aunque sí cabe observar que *se elude* de intento hablar de “Parte General” (4).

(4) No aparece descabellado suponer la influencia importante de su también maestro *en Italia*, profesor F. GALGANO, autor de una interesante obra —ahora traducida entre nosotros—: “El Negocio Jurídico” (trad. de F. de P. BLASCO GASCÓ y L. PRATS ALBENTOSA), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

Del PRÓLOGO del Prof. GALGANO, *escrito expresamente para la traducción española*, cabe resaltar un par de *ideas*: la de que puede continuar hablándose de negocio jurídico, pero bajo dos condiciones (la primera, que se hable sin énfasis y sin colocarlo en una posición dominante en el sistema del Derecho Civil; y la segunda, que se hable de él con la consciencia de estar expresándose en un dialecto jurídico, comprensible en algunas partes del mundo e incomprensible en otras), y de que cuando hablamos de negocio jurídico (y de contrato) hablamos de ellos sabiendo que nos estamos moviendo dentro de nuestro particularismo jurídico sin pretender alcanzar lo universal (y dentro de los particularismos hay subparticularismos ...).

3. El contenido de la obra

Hecha esta presentación esquemática del volumen comentado, sería aquí inoportuno y prolijo el extenderme en los sucesivos puntos merecedores de atención y de interés en el paciente lector.

Interesante sería, de otra parte, el sugestivo juego de la búsqueda de *las claves de desarrollo de la obra* de las que parte el Prof. LASARTE, juego al que invita a los especialistas y al “lector avezado”. Juego en el que en este lugar parece no cabe entrar, aunque, a mi vez, invito al curioso lector.

Me parece, en consecuencia, suficiente con ir cribando de las sugestivas páginas de este volumen algunos *puntos* llamativos o *ideas* para meditar, en los términos que siguen:

- *El punto de partida del volumen*, con la llamativa *observación* de KANT relativa a que, incluso en pleno siglo XIX, “los juristas buscan todavía una definición de su concepto del Derecho”.

- Para desentrañar el significado y el contenido actuales del Derecho Civil debe primar la consideración o *perspectiva histórica*, la cual debe realizarse tomando como punto de referencia lo que el Prof. LASARTE llama “los supuestos institucionales del Derecho Civil” (5).

- *El núcleo central* del Derecho Civil viene representado por la persona en sí misma considerada, en su dimensión familiar y en sus relaciones patrimoniales. Todo lo cual lleva a la *conclusión* de que tales dimensiones integran un “supuesto institucional” del Derecho Civil: *la esfera de poder de la persona*. De donde lleva a la definición del Derecho Civil de su maestro Prof. A. DE COSSIO, como “el derecho de la personalidad privada, que se desenvuelve a través de la familia, sirviéndose para sus propios fines de un patrimonio y asegurando su continuidad a través de la herencia”.

- La denominada “Parte General” se corresponde *grosso modo* con el contenido del presente Tomo. Se alude a las críticas virulentas a la misma, a su dudoso valor instrumental desde la perspectiva pedagógica y se cita al Prof. F. DE CASTRO cuando aludía a que “convendría sustituirla por un Derecho de la Persona”.

- Alude a la coincidencia entre Derecho Civil y “Derecho Común”, en su función *característica* de servir de Derecho supletorio de las leyes especiales, atribuida al Código civil *en su redacción de 1889*. Tras la reforma del Título Preliminar del C.c. por R.D. 1836/1974, de 31 de mayo se vuelve a plantear el viejo tema, con la nueva redacción del *art. 4.3 C.c.*, ya que el C.c.

(5) Para LASARTE los que llama “supuestos institucionales del Derecho Civil” son “aquellos supuestos de hecho (por tanto, obsérvese, de carácter fáctico: es decir, los problemas, los conflictos, los litigios o las tensiones sociales) que, aunque de forma variable históricamente, pueden considerarse como determinantes del nacimiento y desarrollo de las *instituciones* que, de forma sustancial, han ido conformando históricamente el núcleo del sector del ordenamiento jurídico que actualmente se conoce con el nombre de Derecho Civil” (op. com., pág. 29).

en sí mismo ha dejado de tener atribuida en exclusiva la función de Derecho Común.

- El capítulo 2, dedicado a *La Codificación y los Derechos Forales*, es importante y de gran interés, no en balde el Prof. LASARTE es uno de los máximos especialistas en esta materia. Gran concisión, claridad expositiva y argumentación perfecta adornan la presentación de esta *Vexata quaestio*. Presenta las bases históricas e ideológicas del movimiento codificador, un análisis breve de la codificación civil española, el planteamiento de la llamada “cuestión foral” y su incidencia en el proceso codificador, las distintas soluciones de la “cuestión foral” —con una síntesis de las sucesivas compilaciones (aunque *olvida* injustificadamente la de BALEARES)—, y concluye con un excelente enfoque de las relaciones entre el Derecho Civil general y los Derechos Civiles Forales tras la Constitución (6).

A través de un resumen de las distintas posiciones de los autores en torno al art. 149.1.8 de la Constitución pasa al examen de la *actualización* de las Compilaciones Forales y de los Derechos Forales. Muy interesantes son sus consideraciones en orden a que “el designio concreto de algunos políticos y juristas locales consiste en acentuar las diferencias entre las distintas regiones y nacionalidades de la Nación, más que atender a los problemas reales de la convivencia cotidiana. Un elemento más en la política de ‘diferenciación regional’ está siendo el desarrollo de los Derechos Forales a los que se refiere el artículo 149 de la Constitución”. Para concluir el capítulo con esta frase impecable: “En definitiva, con la actual estructura de nuestro Estado, sin duda la más complicada del planeta, jacobaremos por retornar al particularismo jurídico medieval que parecía definitivamente superado en el mundo contemporáneo!” (7).

- En el capítulo relativo al ordenamiento jurídico, trata de las fuentes del derecho desde el planteamiento civil y desde el constitucional, examinando, de una parte, el ordenamiento jurídico *interno* o *nacional* (leyes, costumbre,

(6) A observar que no aparece para nada en el epígrafe 5.1 (pág. 55 op. com.) referencias al Congreso de Zaragoza de 1981. El autor debería explicarnos el porqué de tal omisión, cuando precisamente el Prof. LASARTE tuvo una destacadísima actuación e intervenciones notables en el mismo.

Por mi parte, remito a la nota 2 precedente.

(7) Las palabras finales de este capítulo pueden ser o no compartidas por el espectador poco apasionado. Resultan coherentes con el pensamiento del Prof. LASARTE, ya desde 1980. Resultan coincidentes casi al completo con las pronunciadas por mí en mi comunicación a las “Jornadas de Derecho Catalán” (Tossa de Mar, 1988): v. en el volumen de dichas jornadas a cargo de la cátedra “Durán i Bas”, Barcelona, 1990, págs. 355-394, y ahora formando parte de mi obra citada en nota precedente, pág. 329 ss., especialmente 349 ss. (El brote de la utopía autonómica y su “desmadre”). Por lo que respecta a la trayectoria de mi pensamiento, desde 1980 a 1988, queda claramente explicitada en mi Comunicación referida, y posteriormente en mi Conferencia en la “Academia Matritense del Notariado”: v. ahora, en el volumen citado, pág. 373 ss.

principios generales de derecho, jurisprudencia) y, de otra parte, el ordenamiento jurídico *comunitario* (el derecho comunitario originado y el derivado). Muy interesante es su visión de la jurisprudencia y el análisis del recurso de casación como criterio unificador de la doctrina jurisprudencial, con una cuidada referencia a la *ratio decidendi* y a los *obiter dicta* de las sentencias.

- Dentro del capítulo relativo a la aplicación de las normas jurídicas alude a la posible inexistencia de normas jurídicas concretas, puesto que “en cualquier momento histórico se dan (y se darán) supuestos reales que en sus primeras formulaciones son absolutamente extraños y novedosos para el Derecho. La razón de ello es fácil: el Derecho no es una ciencia proyectiva o adivinatoria, un ejercicio de imaginación, sino una técnica de resolución de conflictos, mediante la elaboración de reglas adecuadas y justas según el sentir social de cada momento histórico. En consecuencia, las reglas jurídicas son generalmente un ‘*Posteriorius*’ respecto de los supuestos socialmente problemáticos. Por tanto, la eventualidad de los *vacíos o agujeros normativos* es una realidad continua y recurrente”.

Especialmente clarificadora es su exposición sobre la integración del ordenamiento mediante la analogía y con el recurso complementario a la jurisprudencia.

- El capítulo relativo a la vigencia y eficacia de las normas analiza la vigencia (publicación, entrada en vigor, derogación), el Derecho Transitorio y el ámbito *espacial* de vigencia de las normas (Derecho Internacional Privado, Derecho Interregional) (8), la eficacia de las normas, el deber

(8) El Prof. LASARTE dice que el término de “Derecho Interregional” es “de utilización reciente y extraño a la contemplación clásica del Derecho contemporáneo patrio (que, hasta la Constitución de 1978, se ha encontrado estructurado en torno al llamado *Estado unitario*)” (op. com., pág. 125).

No parece que esta afirmación pueda compartirse, y así, v. gr. en un volumen clásico cual el CASTÁN TOBEÑAS (revisión de DE LOS MOZOS), en 1975, pág. 651, nota 1, aparecen referencias doctrinales y estudios de “Derecho Interregional” que se remontan nada menos que a 1905. Véase: Fernández de Córdoba (1905), Lezón (1926), Beneyto (1927), Lasala (1933), Simó Santonja (1960), etc.

De otra parte, parece importante consignar que en los *Programas de Oposiciones* para el ingreso en los Cuerpos del Notariado y de Registradores de la Propiedad, venía dedicado *un tema* a esta materia del “Derecho Interregional” ya desde los años 30, si no recuerdo mal.

Consecuentemente, mal cabe hablar de “uso reciente y extraño”, afirmación que no cabe compartir con el autor.

En cuanto a su crítica relativa a la *falsedad* del planteamiento, dado que “la prevalencia (y, en su caso, supletoriedad) del Derecho estatal sobre el que podríamos denominar *Derecho regional* está fuera de duda, pues éste sólo encuentra su fundamento en aquél” (op. com., pág. 126): tampoco puede ser compartida, por razones varias que no son propias de este lugar. Dejando a un lado la típica —y tópica— *confusión* entre prevalencia y supletoriedad, que he denunciado reiteradamente (v. op. cit. en nota 1, entre otras), parece que *una cosa* es la norma material de aplicación para resolver los conflictos inter-regionales (norma obviamente de carácter *estatal*) y *otra*

general de cumplimiento de las normas y la violación de las normas y su sanción.

- El capítulo relativo a los Derechos subjetivos comienza con la alusión a la *relación jurídica*, idea importada en el siglo XIX de la construcción de SAVIGNY y que “se trata de presentar como uno de los conceptos fundamentales del estudio introductorio del Derecho Civil” ... C. LASARTE entiende que “no deja de ser una relativa nimiedad que, en el fondo, manifiesta que muchas veces los conceptos generales teorizados por los juristas ... son meras fórmulas abstractas de los supuestos fácticos concretos, con la presunta intención de elevar la importancia propia del Derecho.- ...= Si nos detenemos a pensar en el significado de tales definiciones ... habremos de concordar que su abstracción es de tal grado que su utilidad descriptiva es nula para cualquier persona lega en derecho, aunque su capacidad intelectual sea extraordinaria” ...

Impecable es el tratamiento de los derechos subjetivos, clases, nacimiento, adquisición, transmisión (con un cuidado análisis de la subrogación real) y extinción de los mismos.

- El capítulo relativo al ejercicio de los derechos estudia los límites al mismo (extrínsecos, intrínsecos y temporales), la buena fe en el ejercicio de los derechos, la doctrina de los propios actos, el abuso del derecho y la protección de los derechos.

- El capítulo relativo a la Persona y el Derecho de la Persona comienza con el análisis de la condición jurídica de persona y una descripción del Derecho de la Persona, para seguir con el examen de lo que es la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. De este capítulo es novedoso el tratamiento en orden al *estado civil* de las personas y su relación con la capacidad de obrar; entiende el Prof. LASARTE que la visión tradicional del “estado civil” supone que “un concepto meramente instrumental se convierte en eje medular del estudio del Derecho de la persona, invirtiendo de añadidura la médula de la cuestión” ...= “La graduación de personas que subyace en la denominada *teoría de los estados civiles* realmente convierte los presupuestos de hecho de aplicación de las normas *ad hoc* en la pretendida calificación técnica de *estado civil*” ...= “En dicha línea, la utilidad (con mayor razón, la necesidad) del concepto de estado civil es más que discutible, pues realmente tal calificación no conlleva la aplicación de un régimen normativo prefigurado y común a todos los pretendidos estados civiles antes reseñados.- ...= Es un valor entendido para referirse a los extremos relacionados con la persona que puedan afectar a su *dignidad*, que actualmente es un valor constitucional (art. 10.1). Conectando la *dignidad de la persona* con el *principio de igualdad ante la ley* (art. 14 C.E.), debe llegarse a la conclusión de

cosa es la propia norma de conflicto (norma típica y núcleo central del Derecho Internacional Privado). En cualquier caso, la dicción del art. 149.1.8.^a reserva al Estado la competencia *exclusiva* en esta materia de “normas de conflicto”.

que la idea de estado civil debe abandonarse, por pertenecer al pasado" (9).

- Muy importante resulta el capítulo dedicado al estudio de los derechos de la personalidad —uno de los puntos clave del desarrollo del Derecho Civil contemporáneo— y sus distintos grupos: derecho a la vida (integridad física, trasplante de órganos), las libertades constitucionalmente reconocidas, la integridad moral y la esfera reservada a la persona (honor, intimidad e imagen: L.O. 1/1982), la individualidad de la persona. Examina, de otro lado, los caracteres generales de tales derechos, su garantía y protección y la lesión de los mismos y la reparación del daño causado.

- Dentro de la temática alusiva a la capacidad de obrar analiza con rigor la *occasio legis* de la reducción a los 18 años de la mayoría de edad por el R.D.L. 16 noviembre 1978 (B.O.E. 17 noviembre) y la *constitucionalización* de la mayoría de edad. Critica que la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del C.c. no procediera a la diferenciación definitiva entre la mayoría de edad y la emancipación como instituciones diversas que son. En el examen de la capacidad de obrar *de la mujer* (y su actual equiparación con el hombre) hace un cuidadoso recorrido histórico, desde la redacción originaria del C.c. y las reformas que denomina "coyunturales" durante el régimen de Franco (10) hasta llegar a la Constitución de 1978 y su posterior desarrollo en la legislación ordinaria.

- El capítulo relativo a la *Vecindad civil* es particularmente relevante. Comienza el Prof. LASARTE con el análisis del *significado* de la vecindad civil y pasa luego a examinar los distintos criterios de atribución de la vecindad civil, la conexión entre vecindad civil y nacionalidad, y el concepto y clases de domicilio.

Con enorme claridad expositiva el Prof. LASARTE dice que "Inicialmente

(9) Parece evidente que el mantenimiento del concepto de "estado civil" constituye un desafuero histórico y un planteamiento inconstitucional, como afirma el prof. LASARTE.

En un sentido similar, hace algún tiempo lo anticipaba el prof. PUIG FERRIOL (*revisión* de J. PUIG BRUTAU) *Fundamentos de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, vol. 1.º, ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 280 ss.

De otra parte, si se parte del principio constitucional de "no discriminación", parece que no cabe hablar de un "numerus clausus" y habría que ir a la posibilidad de nuevos "estatutos" (mejor que "estados") y a la reforma de la L.R.C. por inconstitucionalidad sobrevenida.

(10) Curioso es el dato relativo a que *con fecha 23 mayo 1973* la "Comisión de Juristas de IBIZA" aprobó por abrumadora mayoría la *abolición* de la licencia marital: v. en mi trabajo "La revisión del Derecho Civil Español de Ibiza y Formentera", en *A.D.C.*, 1973, pág. 849 ss.

Curiosidad mayor ofrecería dar a conocer hoy el "anteproyecto" *privado* de abolición de las discriminaciones normativas que las mujeres sufrían en España, anteproyecto elaborado por un miniequipo dirigido por E. FOSAR BENLLOCH, del que tuve el honor de formar parte, y elevado al entonces Director General de los Registros y del Notariado, el malogrado F. ESCRIVÁ DE ROMANÍ (+): *todo ello en el año 1972!*

podiera pensarse que la *vecindad civil* supone la atribución de un concreto *status* jurídico conectado al hecho de residir, de ser vecino, de un determinado territorio o municipio ...= Sin embargo, la cuestión es más complicada, pues, como veremos, la vecindad civil no requiere propiamente residencia, sino básicamente voluntariedad en la aplicación del sistema o subsistema civil de que se trate ...; y es independiente, de una parte, de la condición política ... y, de otra, de la vecindad administrativa propiamente dicha”...

En cuanto al punto relativo a la atribución de la *vecindad civil* expone el profesor LASARTE con claridad que “Resulta extraordinariamente complicado, por no decir imposible, expresar en pocas palabras cuáles son los principios básicos de atribución de la vecindad civil en nuestro actual sistema. Una vez afirmada la independencia entre marido y mujer en materia de vecindad, queda roto el principio de *unidad familiar* y, consiguientemente, las reglas de atribución de la vecindad civil son más complicadas que antes de la promulgación de la Ley 11/1990 de 15 de octubre”.

Esquemáticamente, respecto de los hijos, distingue según los padres o progenitores tengan la misma vecindad (se aplica el criterio del *ius sanguinis*) o bien la vecindad de padres o progenitores no sea coincidente (el sistema de la Ley 11/1990 resulta enormemente complejo en la práctica).

Como consecuencia de la aplicación de los nuevos criterios legales de atribución tras la Ley 11/1990 (que modifica sectorialmente parte del C.c.), el profesor LASARTE dice gráficamente “Alguno de los pasajes de este capítulo generará la impresión de que cualquier familia puede llegar a ser un *rompe-cabezas jurídico*, dada la proliferación de distintas vecindades civiles de los miembros de ella. Realmente, la posibilidad de semejante complejidad es más frecuente de la deseada (sobre todo por la ignorancia general de la ciudadanía respecto a la vecindad civil) y se ha incrementado con la Ley 11/1990, por resultar constitucionalmente necesario renunciar al principio anterior vigente de *unidad familiar* ante la igualdad entre los cónyuges (art. 32.1 de la Constitución). Quizá por ello, el legislador ha propiciado la existencia de adquisiciones derivativas de la vecindad civil a través del mecanismo de la opción” ...

- Los tres capítulos dedicados a Personas Jurídicas, Asociaciones y Fundaciones son, a mi juicio, y en conjunto, una de las mejores exposiciones modernas de la doctrina española. El punto relativo al fundamento y admisibilidad de las personas jurídicas es un espléndido compendio de toda la elaboración histórica y doctrinal acerca de la personificación general de las entidades y agrupaciones sociales, desde la elaboración medieval canónica de las *personae fictae*, pasando por la concepción antropomórfica de OTTO von GIERKE y llegando a la moderna doctrina anglosajona del “levantamiento del velo” (11).

(11) A señalar la aparición reciente, muy interesante, de la obra del Profesor R. DE ANGEL YÁGUEZ *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid, 1990 (2.ª ed. 1991).

El capítulo dedicado a las *Asociaciones* resume muy acertadamente todos los puntos de interés en la materia, tales como constitución, condición de socio, esquema organizativo y órganos directivos, patrimonio social y gestión económica, suspensión y disolución. Parte para ello de la *legislación vigente aplicable* —Ley 191/1964 de 24 de diciembre y su Reglamento aprobado por Decreto 1440/1965, de 20 de mayo—, cuya antinomia con el vigente texto de la Constitución es evidente. Ofrece un cuadro descriptivo de la pluralidad normativa en el momento constituyente y de la situación normativa actual con los distintos *tipos particulares* legalmente previstos de Asociaciones (religiosas, deportivas, de propietarios, de consumidores ...). Concluye el Prof. LASARTE: que en la España actual la confrontación entre la falta de desarrollo del derecho de asociación y la multiplicidad normativa de los tipos particulares de asociaciones es particularmente ostensible; que gran parte de la Ley 191/1964 ha quedado sin contenido, conforme a la disposición derogatoria —párrafo 3.º de la Constitución—; y que la situación es grave porque el C.c. no ofrece base alguna para dar un cuadro del régimen jurídico básico de las asociaciones.

También muy cuidado es el capítulo referente a las *Fundaciones*, al que acompaña como ANEXO el Anteproyecto de Ley de Fundaciones. Comienza el profesor LASARTE diciendo que “la fundación es la persona jurídica de sustrato patrimonial por excelencia ...= puede caracterizarse la fundación como la personificación de un patrimonio establemente adscrito a un fin de carácter general”. Nuestro actual Derecho positivo regula fragmentaria y dispersamente las fundaciones, hasta el extremo de que, acertadamente, afirma J. CAFFARENA que en la actualidad “el régimen español puede calificarse ... de caótico”. Sigue LASARTE con un brevísimo apunte histórico y dice que “Frente a la secular desatención de la legislación ordinaria, de forma novedosa, nuestra actual Constitución de 1978 ha optado por constitucionalizar el ‘derecho de fundación para fines de interés general’ en el artículo 34.1. No obstante, tampoco en este punto se ha generado legislación post constitucional de carácter estatal hasta la fecha” ... Contempla varios tipos de fundaciones muy esquemáticamente (benéficas, laborales, culturales privadas, religiosas), y alude al ANTEPROYECTO porque éste procede a una regulación de carácter general aplicable a cualesquiera tipos de fundaciones. Seguidamente presenta con detalle los puntos relativos a la constitución de la Fundación (voluntad del fundador, dotación patrimonial, beneficiarios, inscripción en el Registro), al gobierno de la fundación (el Patronato), a la actividad de la fundación (patrimonio fundacional y la aplicación de las rentas, actividades empresariales), al Protectorado, y a la extinción de las fundaciones.

• Del capítulo dedicado al *Patrimonio* interesa aquí resaltar cómo LASARTE pone de relieve la paradoja mayoritaria y doctrinalmente aceptada en torno al patrimonio, pues de un lado se considera como una “universalidad de *derecho*” y de otro lado como una “universalidad de *derechos*” subjetivos de contenido económico agrupados en atención al titular de todos ellos. Todo lo cual, dice, “casa bastante mal con nuestro sistema normativo, pues

el C.c. ... considera a los derechos como bienes" ... Lo cierto es, añade, que la generalización del término "patrimonio" por parte de la doctrina es fruto de una abstracción motivada por el nacimiento en el Derecho contemporáneo de la, justamente denominada, *responsabilidad patrimonial universal* ...

Considera el profesor LASARTE los elementos patrimoniales (bienes y derechos, deudas), el patrimonio personal o general y los distintos tipos de patrimonio (separados, de carácter interino, de destino, colectivos).

• En los capítulos 22 al 25 —según dije— expone el Prof. LASARTE muy esquemáticamente (en unas 60 págs.) lo que cabe llamar "teoría del negocio jurídico".

El punto de partida para el Autor es el referente a los modos de originarse la relación jurídica: hechos naturales, hechos humanos, actos jurídicos.

A mi modo de ver, este capítulo es clave en la obra comentada y, en especial, el análisis del punto relativo al *negocio jurídico* (la categoría, el debate sobre su utilidad). Tras una impecable presentación historicista de tal categoría conceptual y de la no utilización de tal expresión por nuestros legisladores al elaborar el C.c. (12), presenta el resumen del actual debate doctrinal en Europa (Alemania, Italia, España) acerca de la pertinencia o inoportunidad de mantener la teoría general del negocio jurídico. Presenta las diferentes posiciones (13) de uno y otro signo, para terminar diciendo que "la quijotesca hecha contra los molinos de viento en una obra elemental como la presente sólo puede ser testimonial".

Pasa el profesor LASARTE a efectuar una exposición somera y general acerca del negocio jurídico, en la forma habitual en los manuales. Estudia los elementos del negocio, las clases de negocios, la voluntad negocial (su exteriorización, medios y clases de declaración de voluntad, interpretación, voluntad viciada, y discrepancia entre voluntad y declaración), la forma, el objeto, la causa y los elementos accidentales del negocio jurídico (condición, término, modo).

Interesa una puntualización en tema de *forma* del negocio jurídico. Dice LASARTE que "Técnicamente ... es necesario contraponer *forma* ... a *formalidad*, entendida como una forma especialmente cualificada impuesta por las normas imperativas para que pueda afirmarse la validez y eficacia del ne-

(12) Cuando se presenta el dato *fáctico* relativo a que el C.c. español no utiliza la expresión "negocio jurídico" —como tampoco los otros Códigos latinos del siglo XIX—, en el cotejo con el B.G.B. alemán, se olvida: *primero*, que éste es *posterior* y mal se podía conocer la expresión introducida legislativamente en el año 1900; *segundo*, que en buena técnica argumentativa, tal premisa fáctica no puede servir de base para ningún argumento (en otro caso, habría un curioso sofisma) de tipo deductivo-silogístico ni menos para conclusiones de tipo general:

(13) La perspectiva *pedagógica* ("el estudio del negocio jurídico en vez de plantearse como previo e introductorio al estudio del Derecho privado en su conjunto, sería más conveniente realizarlo a modo de colofón o epílogo del mismo, al final de la Licenciatura") parece más lógica y, en algunos casos, me consta su eficacia didáctica —incluso como valor seguro en la preparación de opositores—.

gocio jurídico. Pues bien, en tal sentido, no puede hablarse de 'forma del negocio jurídico', sencillamente porque no hay 'formalidad' alguna que, con carácter general, sea aplicable al negocio jurídico como categoría conceptual". Tras aludir a consideraciones relativas a la abstracción y a la doctrina actual, y al art. 1.278 C.c. en tema de contratos, remite o reenvía a los siguientes tomos de esta obra. Hasta aquí, la dicción del Prof. LASARTE.

Es de esperar —confío en ello— que en el lugar del reenvío, el Autor no nos escamotee su consideración sobre este punto, no proceda a nuevos reenvíos y recoja importantes aportaciones notariales (ROCA SASTRE, GONZÁLEZ PALOMINO).

En relación con el tema de la *causa* del negocio jurídico, no aparece clara la postura del Autor, ya que dice "Atendiendo a los datos normativos del C.c., resulta obvio que la trascendencia de la causa como elemento esencial habría de limitarse, en efecto, al ámbito contractual. Sin embargo, entendida en el sentido en que a continuación va a ser expuesta, la esencialidad de la causa resulta generalizable y, por tanto, extensible al conjunto de los negocios jurídicos, una vez aceptada la instrumentalidad de la categoría". Sigue con la exposición de la causa en sentido objetivo, que coincide prácticamente —a mi parecer— y sin nombrarle con la tesis del profesor Díez-PICAZO. Alude a la causa atípica, a la distinción entre causa y motivos, a la causa ilícita y sucintamente se refiere a los negocios abstractos (cuya posibilidad niega en nuestro Derecho).

- El capítulo relativo a la *ineficacia* del negocio jurídico parte de la premisa de que los supuestos de ineficacia representan para el Derecho lo que, en términos figurados, podríamos denominar *supuestos patológicos*: sus causas son diversas y de muy difícil sistematización. La *clasificación general* efectuada por los autores suele tener matiz metodológico y tiene escaso interés práctico y pedagógico. Sigue a F. MESSINEO y distingue *dos grandes grupos*: invalidez (Nulidad, Anulabilidad) e ineficacia en sentido estricto.

Estudia la Nulidad (causas, la acción de nulidad, consecuencias, nulidad parcial), la Anulabilidad (causas, la acción de anulabilidad, efectos), la pervivencia de los negocios jurídicos inválidos (causas de invalidez y su posible sanación, la confirmación del negocio jurídico anulable, la denominada conversión del negocio jurídico nulo), y la Rescisión (causas, acción rescisoria, eficacia).

- Finaliza la obra aquí comentada con un capítulo dedicado a la *Representación*, con detenido análisis de los puntos siguientes: ideas generales, representación directa y sus presupuestos, el poder o legitimación del representante, la inadecuación entre actuación representativa y apoderamiento, la ratificación, la actuación por cuenta ajena, la representación indirecta, la representación legal y la representación orgánica (actuación de la persona jurídica).

4. Mi acotación personal

A la vista de la reducida exposición precedente, el paciente lector habrá quizá encontrado materias y puntos merecedores de una más amplia reflexión, discusión o comentario. A los efectos meramente aproximativos a la obra aquí analizada, parece harto suficiente con el resumen e incisivos aquí ofrecidos.

Toda la exposición del profesor LASARTE viene enmarcada con una especialísima *atención a la legislación y jurisprudencia* más recientes, que ha seleccionado y digerido. Combinado todo ello con la presentación, tras el Sumario de cada capítulo, de una espléndida *información bibliográfica* cuyas más notables características son la de ser *exclusivamente española* y la de venir ordenada *cronológicamente* (pero en un *orden* diferente a lo usual) (14).

Hay que entender fundadamente que esta obra es una visión nueva y actualizada de una vieja temática. Sería demasiado fuerte intentar aquí y ahora una comparación de este volumen con una *clásica* "Parte General" (15), dados los puntos de partida distintos en uno y otro caso. Tampoco cabe aludir a un modelo "light" en el decir actual. De la misma manera que no cabe comparar nuestro C.c. de 1889 con la perfección técnica de un B.G.B. alemán. Aunque, bien mirado y en mi opinión, la dicción clara, elegante y asequible de la obra del profesor LASARTE la acerca más al buen decir de nuestros legisladores decimonónicos que al galimatías del moderno legiferante ...

A los destinatarios de la obra —estudiantes de la UNED— habrá que felicitar por la suerte de tener un buen MANUAL inteligible y digerible. A los juristas en general, y notarios en particular, puede servir de toque de atención y de obligada reflexión.

Teniendo en cuenta que la intención del Prof. LASARTE es la de "resaltar, desde el frontis de la obra, su carácter básico e introductorio a la técnica ius-privatista", y que este volumen quiere ser una "primera entrega" de un previsto MANUAL de Derecho Civil *dirigido* a los estudiantes de Derecho, no queda sino dar constancia fehaciente de la consecución de aquella intención sobradamente y el esperar confiadamente que el Autor pueda dar cima a tal MANUAL para disfrute de sus afortunados alumnos y para obligada lectura de los juristas españoles atentos al Derecho Civil de hoy.

José Cerdá Gimeno

319

(14) Lo usual —en mi opinión, por supuesto— venía siendo un escalonamiento *ascendente* de fechas, desde la más antigua a la más moderna.

El planteamiento de LASARTE es en un escalonamiento *descendente*, desde la más actual (arriba) a la más antigua (abajo). Quizá permite una mayor rapidez y perspectiva *panorámica*.

(15) Uno piensa rápidamente en el imponente volumen del Prof. DE CASTRO, "Derecho Civil Español", Parte General. Madrid, 1955, un volumen, 781 págs., y, en la comparación con *las escuetas* 112 págs. que a la misma materia dedica el prof. LASARTE, por supuesto que el alumno sale ganando mucho. Queda por saber si sale sabiendo lo adecuado.