

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2002



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 41, enero-marzo 2002

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS DOCTRINALES

CABRILLO, Francisco: “Análisis económico de la actividad notarial”.....	9
ESCOLANO NAVARRO, José Javier: “Limitaciones al dominio en las viviendas con préstamo cualificado a la luz del RD 115/2001”.....	81
LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco de: “La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Inversiones españolas en el exterior. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas”.....	93
MOZOS, José Luis de los: “La regulación del contrato y el problema de la causa”.....	203

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2000, núm. 75.....	223
--	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

“Le rôle de la volonté dans les actes juridiques”. Études offerts à la mémoire du Professeur Alfred Rieg. Bruylant (Bruxelles, 2000). Por Gabriel García Cantero.....	237
---	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: “Semblanza en el recuerdo de Ernesto Jaacks”	243
MIHM, Katja y BETTENDORF, Jörg: “Texto reformado de la Ordenanza/Reglamento del Servicio Notarial (DONot)”. Traducción de Ekkehardt Boxberger y Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés.....	265

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

FRANCISCO CABRILLO

Catedrático de Economía Aplicada

SUMARIO: **I.** OBJETIVOS DE ESTE DICTAMEN. **II.** LA ACTIVIDAD NOTARIAL: UN ANÁLISIS CUANTITATIVO. **III.** SENTIDO ECONÓMICO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL. **IV.** EL ARANCEL NOTARIAL. **V.** NOTARIOS Y COMPETENCIA.

CAPÍTULO I

OBJETIVOS DE ESTE DICTAMEN

El objetivo de este dictamen es analizar el papel que en la economía española desempeñan tanto la institución de la fe pública en general como, en particular, el notariado, cuyos miembros, desde la reciente fusión del cuerpo de notarios con el de corredores de comercio, constituyen el único cuerpo de fedatarios públicos en el campo del derecho pri-

vado. Se parte, para la realización de este dictamen, del hecho de que ya existen trabajos previos sobre el significado económico del notariado (B. ARRUÑADA, *Análisis económico del notariado*; S. PASTOR PRIETO, *Intervención notarial y litigiosidad civil*; y C. PAZ-ARES, *El sistema notarial. Una aproximación económica*. Los tres trabajos han sido editados en 1995 por el Consejo General del Notariado). Este estudio procura, por tanto, no incidir en cuestiones conceptuales ya bien establecidas (el papel del notario como controlador de la legalidad, con los efectos externos positivos que esto comporta, por ejemplo), para centrarse en temas aún abiertos al debate y que pueden experimentar cambios, en el corto plazo, si se plantea una nueva regulación del ejercicio de la profesión de notario.

Tras presentar algunos datos cuantitativos sobre el papel que desempeñan hoy los notarios en la economía española, y la evolución reciente de su actividad, se analiza la racionalidad económica de esta actividad. Se ofrece, a continuación, un análisis económico de la fe pública y las dudas que hoy plantea el actual modelo español de control de legalidad, basado en la intervención notarial y la calificación posterior de los registradores como paso previo a la inscripción del documento. El capítulo cuarto aborda una de las cuestiones más complejas de la regulación de la profesión de notario: el diseño de un arancel que permita, por una parte, conservar lo esencial de las actuaciones y organización del notariado; y, por otra, adaptar éstas a las nuevas exigencias de una sociedad moderna y competitiva. El capítulo final se ocupa del estudio de la futura organización profesional de las notarías ante las actuales necesidades del tráfico económico y los diversos proyectos de regulación que, desde el Gobierno y el Tribunal de Defensa de la Competencia, se diseñaron en su día, especialmente para el cuerpo de corredores de comercio, pero que, con alta probabilidad, se planteará aplicar ahora también al cuerpo de notarios. Los temas a estudiar aquí hacen referencia a cuestiones como la organización de convenios de asociación, el papel de los colegios profesionales y la regulación de las posibles estrategias que pueden diseñar los notarios para incrementar sus cuotas de mercado e incrementar sus ingresos.

El dictamen aplica la teoría de la organización industrial a un sector económico importante, como es el que aquí se denomina mercado de la fe pública. Se trata, por tanto, de aplicar la metodología económica a la organización de una profesión jurídica, cuyos miembros son, a la vez, funcionarios y profesionales, cuya remuneración depende de la demanda que los usuarios realicen de sus productos. Este dictamen parte de la idea de que tal estudio económico es relevante, a pesar de las peculiaridades de la profesión y de la opinión de algunos notarios, que no están de acuer-

do en que deban aplicarse criterios de mercado a su profesión y rechazan que tenga sentido incluso hablar de un mercado de fe pública.

En todo estudio de organización industrial, el lenguaje y los razonamientos son, lógicamente, los propios de la teoría de los precios. En el dictamen se ha procurado, sin embargo, formalizar los razonamientos al mínimo y explicar en el mismo texto algunos conceptos que pueden resultar extraños a los notarios, que son los principales destinatarios del trabajo. Aunque los resultados obtenidos están basados, por tanto, en la teoría económica, las conclusiones pueden entenderse –y discutirse, desde luego– sin necesidad de conocer a fondo el aparato teórico utilizado.

CAPÍTULO II

LA ACTIVIDAD NOTARIAL: UN ANÁLISIS CUANTITATIVO

La actividad de los notarios españoles en negocios civiles y mercantiles es muy amplia y variada. En este breve capítulo se presentan algunos datos tanto sobre los aspectos principales de esta actividad como una aproximación cuantitativa al papel desempeñado por el notariado en la vida económica y social de nuestro país.

El cuadro II-1 presenta un resumen estadístico de la actividad notarial el año 1997. Dado que en ese año no había tenido lugar la fusión de los cuerpos de notarios y corredores de comercio, se ha considerado conveniente presentar los datos sobre la actuación de unos y otros, ya que son las cifras agregadas las que dan una imagen más precisa de la importancia de la fe pública en España. Pero es interesante también observar los datos en forma separada, ya que esta desagregación permite apreciar muy claramente cuáles son los campos en los que la fusión puede llegar a modificar más sustancialmente la anterior estructura de este mercado.

CUADRO II-1

Resumen estadístico de la actividad notarial: número de instrumentos autorizados el año 1997

	Sólo notarios	Notarios + corredores
Actos referentes al estado civil.....	6.502	6.502
Actos de última voluntad.....	491.198	491.198
Contratos por razón de matrimonio	41.484	41.484
Contratos en general.....	1.518.433	1.796.371
Manifestaciones y particiones de herencia.....	141.216	141.216
Constitución, modificación y disolución de sociedades	234.949	263.443
Préstamos y reconocimiento de deudas.....	645.971	3.618.603
Novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios	248.434	248.434
Cartas de pago y extinción de obligaciones	452.353	452.353
Poderes de todas clases.....	1.090.983	1.090.983
Protestos de documentos de giro.....	134.133	134.133
Actas de declaración de herederos <i>ab intestato</i>	73.553	73.553
Actas en general.....	512.624	512.624
TOTAL.....	5.591.833	8.870.897

Fuentes: Consejo General del Notariado y Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio

La primera columna del cuadro refleja los datos de la actividad notarial, tal como se definía antes de la fusión de los cuerpos de notarios y corredores de comercio. En dicho año fueron más de cinco millones y medio los documentos redactados e intervenidos por los notarios. Esta cifra se eleva, sin embargo, a casi nueve millones si consideramos también los documentos intervenidos por los corredores de comercio. Nótese, sin embargo, que la actuación de los corredores se centraba en sólo tres de las trece rúbricas recogidas en el cuadro. Concretamente, los corredores intervinieron como fedatarios en unas treinta mil operaciones de sociedades –algo más del diez por ciento del total–; en la firma de unos doscientos ochenta mil contratos –es decir, un quince por ciento de la cifra agregada, aproximadamente–; y en la de casi tres millones de operaciones de préstamo y reconocimiento de deuda, lo que supuso más del ochenta por ciento de las operaciones de esta naturaleza intervenidas en dicho año.

Estas cifras reflejan claramente cuál era la especialización de los corredores de comercio, quienes por la regulación vigente estaban excluidos de la mayoría de las operaciones en las que intervenían los notarios; y permiten predecir que el reparto del mercado de esos más de tres mi-

lones y medio de operaciones de préstamos y reconocimientos de deuda va a ser el tema más importante –desde el punto de vista de la estructura del mercado– de la fusión de ambos cuerpos, no sólo por el elevado número de operaciones que supone, sino también porque se trata, en la mayoría de los casos, de documentos rentables para los notarios.

El cuadro II-1 permite apreciar con bastante claridad el tipo de actuaciones de los notarios y la importancia relativa de cada una de ellas. Pero puede resultar interesante también conocer cuál ha sido la evolución de cada una de ellas a lo largo de los últimos años, ya que se han producido algunos cambios interesantes. El cuadro II-2 presenta estos datos, calculados de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{operaciones 98} - \text{operaciones 89}}{\text{operaciones 89}} \times 100$$

CUADRO II-2

Evolución porcentual de la contratación notarial 1989-1998

Actos referentes al estado civil.....	-25,84
Actos de última voluntad.....	+3,87
Contratos por razón de matrimonio.....	+93,31
Contratos en general.....	+22,66
Manifestaciones y particiones de herencia.....	+49,92
Constitución, modificación y disolución de sociedades.....	+97,98
Préstamos y reconocimiento de deudas.....	+162,00
Novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios.....	—
Cartas de pago y extinción de obligaciones.....	+105,13
Poderes de todas clases.....	+106,70
Protestos de documentos de giro.....	-88,43
Actas de declaración de herederos <i>ab intestato</i>	—
Actas en general.....	-14,26
TOTAL.....	+14,85

Fuente: Consejo General del Notariado

Nota: No se calcula el porcentaje de novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios ni de actas de declaración de herederos *ab intestato*, por haberse empezado a realizar estas actuaciones con posterioridad a 1989.

Al analizar estas cifras hay que tener presente que algunas de las variaciones más significativas tienen lugar no por una evolución natural del mercado, sino por algún cambio legislativo importante que obliga, por ejemplo, a muchas empresas a acudir al notario para adaptarse a la nueva nor-

ma. Sólo así se explica, por citar una cifra llamativa, que las escrituras de constitución, modificación y disolución de sociedades pasaran de 142.459 en 1991 a 305.698 en 1992, para caer de nuevo a 166.947 en 1993. La disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que establecía la obligación de que las sociedades anónimas adaptaran sus estatutos a la nueva Ley antes del 30 de junio de 1992 es la explicación obvia del súbito crecimiento de este tipo de escrituras. Pero sí pueden encontrarse algunas líneas de evolución interesantes en el período.

En primer lugar hay que reseñar la pérdida de importancia de los protestos en la actividad notarial, instrumentos que, como consecuencia de la reforma legislativa que tuvo lugar en su día, son en la actualidad apenas el diez por ciento de lo que eran diez años antes. Por otra parte, hay que señalar que, desde el punto de vista de los ingresos de los notarios, ha tenido gran relevancia el desarrollo experimentado en nuestro país por el mercado hipotecario. El efecto de este desarrollo en la actividad notarial resulta claro, ya que ha supuesto un crecimiento del 162 por ciento de los instrumentos de préstamos y reconocimientos de deudas. Dado que la gran mayoría de los préstamos y créditos sin garantía inmobiliaria venían siendo intervenidos por los corredores de comercio, es el crecimiento del número de hipotecas lo que explica la variación en esta rúbrica. También la actividad de los notarios en la constitución, modificación y disolución de sociedades ha aumentado en gran medida, ya que –al margen del crecimiento coyuntural registrado en 1992, al que antes se hizo referencia– el número de documentos autorizados en 1998 prácticamente doblaba al de 1989. Y algo similar ha sucedido con las cartas de pago y extinción de obligaciones. Hay que señalar, por fin, la relevancia que ha tenido la introducción de dos nuevos tipos de instrumentos en los últimos años, no tanto por el número de documentos que han generado como por su relevancia social. El primero es la posibilidad de realizar por vía notarial, desde el año 1994, actas de declaración de herederos *ab intestato*, que han permitido acelerar sustancialmente los procedimientos y evitar engorrosos trámites judiciales. Y el segundo la nueva reglamentación ventajosa para el usuario sobre novaciones y subrogaciones de hipotecas, que, en 1997 supuso la redacción de casi doscientos cincuenta mil instrumentos notariales, si bien, pasado este primer impulso de quienes querían modificar sus hipotecas, el número de documentos bajó a menos de cien mil en 1998.

Resulta conveniente hacer también un breve comentario con respecto a otro dato interesante: la extensión de los documentos notariales. En el cuadro II-3 se recogen los datos del número de folios utilizados por los notarios en los años 1989 a 1998. El resultado es muy llamativo, ya que mientras el número de documentos se incrementó ligeramente (14,85%),

el de folios lo hizo a una tasa muy alta (133,66%), lo que significa que, si en 1989 cada documento notarial tenía 4 folios en promedio, la cifra había crecido hasta 8,1 folios diez años después.

Las razones de este cambio tan llamativo pueden ser varias. Por una parte, se ha obligado a los notarios a hacer referencias mucho más detalladas de documentos previos necesarios para la firma de la escritura (poderes, escrituras de separación de bienes, etc.). Y, por otra, los mencionados cambios porcentuales en los diversos tipos de documentos pueden haber influido también de alguna manera. Por ejemplo, la sustancial reducción experimentada por los protestos, que eran normalmente documentos muy breves, habrá elevado, seguramente, la media de folios por documento; como podría haberlo hecho también el ya comentado desarrollo que en nuestro país ha experimentado el mercado hipotecario, lo que significa, para un notario, escrituras complejas y, por lo tanto, extensas.

CUADRO II-3

Número de folios utilizados por los notarios y folios por documento (1989-1998)

	Número de folios (millones)	Número medio de folios por documento
1989	20,0	4,0
1990	19,6	4,2
1991	20,9	4,3
1992	25,5	5,1
1993	25,7	5,3
1994	34,9	6,8
1995	30,8	6,5
1996	34,5	7,0
1997	44,1	7,9
1998	46,7	8,1

Fuente: Consejo General del Notariado

Un último punto interesante a subrayar es el bajo índice de concentración de la actividad notarial en lo que a los instrumentos redactados hace referencia, calculado este índice de la manera más simple, como el porcentaje que cada uno de los tipos de instrumentos supone en el total de los instrumentos autorizados por los notarios. El tema es importante a efectos de analizar el mercado notarial y las condiciones de competencia, como se verá en un apartado posterior. Por ello, nos limitaremos aquí a cuantificar el hecho, dejando su análisis para más adelante; y a men-

cionar las grandes diferencias que, a efectos de ingresos, tienen para los notarios los diversos tipos de instrumentos. En efecto, aunque las actividades de los notarios son muy diversas, sus ingresos más importantes los obtienen no tanto de autorizar un gran número de documentos, como de autorizar un mayor número de los instrumentos más rentables. Si, por ejemplo, los instrumentos de última voluntad, poderes y actas supusieron en conjunto más del treinta y siete por ciento de los instrumentos autorizados por los notarios en 1998, los ingresos obtenidos por estos documentos supusieron, sin duda, un porcentaje muy inferior sobre el total de ingresos. El cuadro II-4 presenta en términos porcentuales el número de instrumentos autorizados por los notarios en cada una de sus actividades en dicho año 1998.

CUADRO II-4

Instrumentos autorizados por los notarios en 1998, en términos porcentuales

Actos referentes al estado civil	0,1
Actos de última voluntad	9,1
Contratos por razón de matrimonio.....	0,8
Contratos en general	29,0
Manifestaciones y particiones de herencia	2,7
Constitución, modificación y disolución de sociedades....	5,1
Préstamos y reconocimiento de deudas	12,1
Novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios..	1,7
Cartas de pago y extinción de obligaciones.....	8,3
Poderes de todas clases.....	19,1
Protestos de documentos de giro	1,5
Actas de declaración de herederos <i>ab intestato</i>	1,4
Actas en general.....	9,0

Fuente: Consejo General del Notariado

SENTIDO ECONÓMICO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL

III.1. Significado económico de la fe pública

No es fácil explicar, desde el punto de vista de la teoría económica, el sentido de la fe pública. Ya se han mencionado en la introducción a este dictamen los trabajos más relevantes sobre el significado económico de la fe pública notarial. Pero no cabe duda de que la fe pública sobrepasa ampliamente la actividad de los notarios, ya que es un elemento que impregna todo un sistema de organización jurídica.

La fe pública otorga especial veracidad o eficacia a determinados documentos, que adquieren así un rango superior al de los documentos de carácter estrictamente privado. La fe pública la da el Estado, que actúa como monopolista y tiene en la fe pública una de las prerrogativas de la soberanía. Sin ánimo de exhaustividad, puede afirmarse que un número significativo de funcionarios en cualquiera de las ramas de la Administración Pública ejercen hoy la función de dar fe pública. En algunos casos se trata de funcionarios –no necesariamente pertenecientes a los cuerpos superiores de la Administración– que, en el marco de su actividad general, desempeñan también el papel de fedatarios públicos. En otros casos, se ha buscado la creación de cuerpos de especial cualificación para el ejercicio de la fe pública en campos específicos. En el mundo judicial, por ejemplo, los secretarios de juzgados y tribunales son los fedatarios de los procedimientos judiciales. Y en el mundo del derecho privado, son los notarios –y hasta hace poco tiempo también los corredores de comercio– quienes, en nombre del Estado, ejercen la fe pública.

No cabe duda de que las actuaciones de un funcionario que emite un certificado, de un secretario de tribunales que redacta el acta de un juicio o de un notario que formaliza en escritura pública un préstamo hipotecario son muy diferentes. Pero todas tienen, en cambio, también algo en común: el valor especial que al documento otorga el ejercicio de la fe pública delegado por el Estado.

Es por ello importante desligar el ejercicio de la fe pública de un determinado conocimiento específico. Resulta claro que quien no sepa derecho procesal difícilmente podrá actuar como secretario de tribunales. Y lo mismo puede decirse con respecto a los conocimientos de derecho civil necesarios para redactar un testamento, en el caso de los notarios. Este nivel de conocimientos tiene unos efectos económicos claros, en cuanto es necesariamente uno de los factores determinantes de la

remuneración de cada tipo de fedatarios. Pero no puede justificarse, desde el punto de vista económico, la existencia de la fe pública por el hecho de que quienes la ejercen en nombre del Estado sean funcionarios altamente cualificados. Ya hemos visto que funcionarios de muy diversos niveles desempeñan en la Administración Pública el papel de fedatarios. Y el mero hecho de dar fe pública a un documento privado no tiene por qué exigir conocimientos de especial cualificación. Si la existencia misma de la fe pública tiene un valor económico ha de ser por otros motivos, que intentaremos explorar en los párrafos que siguen.

El punto de partida del análisis es el artículo 1.218 del vigente Código civil, en el que se atribuye una especial fuerza probatoria a los documentos públicos. Concretamente este artículo establece que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. La ley otorga así una fuerza al documento público superior a la del documento privado, especialmente con respecto a terceros. Hay otra cuestión interesante también en el tratamiento legal de este problema que es la importancia que el Código atribuye a los aspectos formales del documento. El documento público no sólo ha de ser autorizado, como afirma el artículo 1.216, por un notario o un empleado público competente. Debe también tener las solemnidades que la ley establece. Y puede perder el carácter de documento público si las formalidades no se cumplen. Es, por ejemplo, el caso regulado en el artículo 1.223, que establece que la escritura defectuosa por incompetencia del notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado.

La misma presunción de veracidad es la que explica la exigencia de este estricto respeto a las formas. Si lo que se busca es tanto reducción de la incertidumbre como rapidez en la resolución del procedimiento, sólo el cumplimiento estricto de unos requisitos formales puede garantizar el respeto a los derechos de cada una de las partes.

Si la fe pública refuerza el valor de un determinado documento y su veracidad, su función ha de entenderse de acuerdo con el principio básico que, desde el punto de vista económico, debe inspirar todo sistema jurídico: el sistema jurídico consiste en un conjunto de normas e instituciones que reducen costes de transacción y, en consecuencia, elevan la eficiencia de una economía y el bienestar de las personas que en ella intervienen. Esta reducción de costes debida a la fe pública se manifiesta en diversas formas. En primer lugar, sirve para reducir el número de procedimientos judiciales, en cuanto la propia presunción de veracidad del documento público impide que se planteen en vía judicial muchos casos que acabarían siendo resueltos por los tribunales de justicia si las pretensiones de las partes se basaran en documentos meramente priva-

dos. Pero, además, aun en los casos en los que se llegue a un procedimiento judicial, la existencia de documentos públicos facilita la prueba y permite que no tengan que discutirse aquellas cuestiones a las que el propio documento ha dado presunción de veracidad.

Establecidos los indudables beneficios que la fe pública aporta a un sistema jurídico, el análisis del valor económico de aquélla quedaría, sin embargo, necesariamente incompleto si no se tomara en consideración también el lado de los costes. La fe pública es eficiente, pero no es gratuita. El documento público es, generalmente, más caro que el documento privado. La eficiencia de la fe pública radica, por tanto, en el hecho de que sus costes son inferiores a sus beneficios esperados.

La introducción de los costes en el modelo tiene gran importancia a efectos de determinar cuál puede ser el nivel de formalización óptimo exigible a los documentos para que se les atribuya la presunción de veracidad y la fuerza que la fe pública otorga. Supongamos el caso de un documento de formalización de un crédito —una escritura de hipoteca o una póliza de crédito— otorgado ante un notario. La intervención del notario convierte este documento en documento público, con los privilegios que el derecho civil y mercantil conceden a este tipo de documentos. El legislador ha establecido, sin embargo, nuevos controles de legalidad, al menos en el caso de la hipoteca, al exigir para su inscripción en el Registro de la Propiedad un nuevo control, concretamente la calificación de otro funcionario público, en este caso un registrador de la propiedad. Y podría haber hecho algo semejante con la póliza, y haber exigido, por ejemplo, que la póliza fuera inscrita en el Registro Mercantil, previa calificación del documento por el registrador correspondiente. Este segundo control de legalidad refuerza, sin duda, las garantías que el documento ofrece. Pero también supone mayores costes e inconvenientes, en cuanto habría que pagar los costes del registro y alargaría sustancialmente los trámites. Desde el punto de vista de la eficiencia habría que plantearse, por tanto, la siguiente pregunta: ¿tiene sentido establecer este segundo control de legalidad?

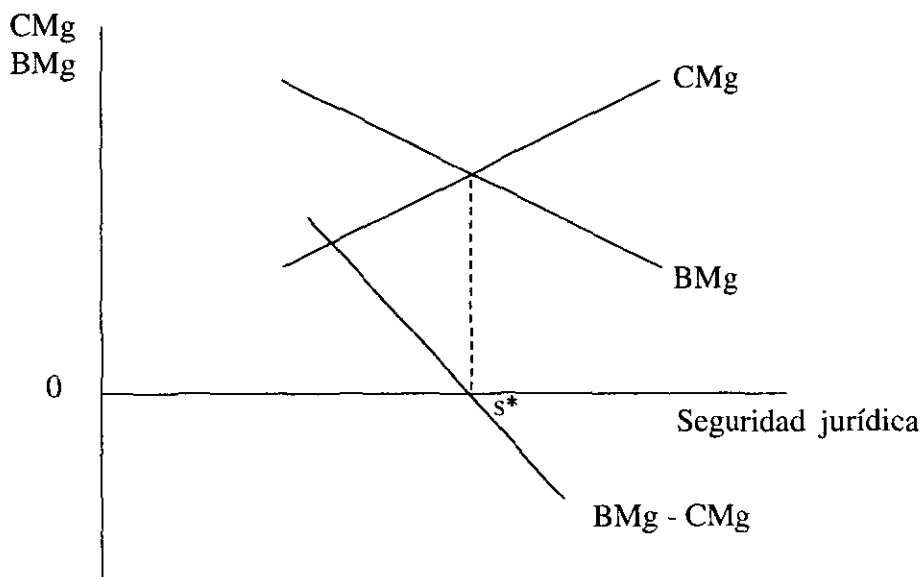
La respuesta de un economista sería que la conveniencia o no de añadir nuevos controles de legalidad, tales como la calificación e inscripción del documento en un registro, dependerá de los costes y beneficios de este nuevo requisito. Más concretamente, sólo si el beneficio marginal del nuevo requisito supera su coste marginal, tendrá aquél efectos netos positivos sobre el bienestar. La lógica del argumento se entiende fácilmente por el absurdo que supondría tomar sólo en cuenta los beneficios y no considerar los costes. En tal caso el equilibrio óptimo se obtendría con un nivel infinito de intervención y control de legalidad. Sería más eficiente que hubiera, por ejemplo, un segundo registrador que controlara

la calificación realizada por el primero, un tercer superregistrador que controlara al segundo... y así hasta el infinito.

En términos generales, y de forma fácilmente comprensible para quienes no son economistas, lo que la teoría económica hace es definir una función de costes marginales y una función de beneficios marginales en términos de la seguridad jurídica que la intervención del fedatario y el control de legalidad implica. Estas funciones, que aparecen representadas en la figura III-1, tienen formas diferentes. La función de beneficios marginales es decreciente porque cada incremento de seguridad jurídica (nótese que se trata de beneficios marginales y no de beneficios totales) –obtenido con mayor intervención de fedatarios y mayor control de legalidad– supone una ganancia de bienestar menor que la anterior, y tiende a cero en situaciones en las que la seguridad jurídica es ya tal que cualquier nuevo incremento resultaría redundante.

FIGURA III-1

COSTES Y BENEFICIOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA



La curva de costes marginales es, en cambio, creciente. Cada nuevo incremento de seguridad supone –a partir de un cierto punto– un coste marginal cada vez mayor. Mientras el beneficio marginal de cada incremento de seguridad jurídica sea superior a su correspondiente coste marginal (es decir, en todos los puntos situados a la izquierda de s^*), será efi-

ciente incurrir en gastos para incrementar la seguridad jurídica de una operación mercantil. Pero, una vez alcanzado el punto s^* , todo nuevo incremento de seguridad jurídica sería ineficiente, ya que su coste sería superior a su beneficio.

El nivel óptimo de seguridad jurídica sería, por tanto, en este caso el punto representado por s^* , es decir, el nivel de seguridad jurídica en el que los beneficios marginales igualan a los costes marginales y en el que, por tanto, el beneficio marginal neto (definido como la diferencia entre el beneficio marginal y el coste marginal para cada nivel posible de seguridad jurídica) es igual a cero. En otras palabras, aun siendo la seguridad jurídica creada por la fe pública un elemento importante para aumentar la eficiencia del tráfico civil y mercantil, el sistema jurídico podría llegar a exigir a los documentos públicos unos requisitos que resultaran ineficientes por exceso de seguridad jurídica.

Este podría ser el caso de nuestro ejemplo, si se exigieran los requisitos registrales a las pólizas antes mencionados. Y cabe plantearse seriamente si no será hoy el caso del doble control de legalidad que la ley exige para la inscripción registral de las transacciones de bienes inmuebles. Es probable que la eficiencia del sistema aumentara si, una vez controlada la legalidad de la transacción por el notario correspondiente, el registro se limitara a realizar la inscripción, de acuerdo con los datos suministrados por el propio notario, al que el desarrollo de los medios informáticos actuales permitiría sin mayores problemas el acceso a los datos del registro.

El problema de un exceso de seguridad jurídica, en el sentido arriba indicado, sería, bien una menor utilización de la fe pública si el uso de documentos públicos fuera voluntario —con los costes sociales que esto representaría, dados los efectos externos positivos que la fe pública genera—, bien un encarecimiento injustificado de las transacciones civiles y mercantiles si el empleo de estos documentos fuera obligatorio —o la ley los hiciera prácticamente obligatorios por la propia regulación—; o ambas cosas a la vez. En cualquiera de los casos el resultado sería, sin duda, ineficiente.

III.2. Un análisis de costes y beneficios

Si, desde el punto de vista de la teoría económica, el argumento resulta claro, su aplicación práctica es mucho más compleja, dadas las dificultades de estimación de algunas de las variables en juego. Estas dificultades se plantean especialmente en lo que a los beneficios concierne. Un ejemplo facilitará la comprensión del problema.

En el proceso de formalización de un crédito con garantía hipotecaria las partes incurren en dos tipos de costes. El primero es el coste estrictamente monetario que les supone acudir al notario. Este coste viene determinado por el arancel aplicado por el fedatario, y el prestatario puede conocerlo con certeza antes de cerrar la negociación con el banco sobre las condiciones de su crédito. El segundo, es el coste de oportunidad –en términos de tiempo y molestias– que supone la firma de la escritura. Aunque estos costes pueden variar en función de la forma de actuar de cada notario, es posible concluir que, dada la organización actualmente existente, los costes no monetarios son bastante bajos para las partes, y difícilmente serán un factor determinante para utilizar o no los servicios de un notario.

Problema distinto, y de mucha mayor complejidad, es el de la medición de los beneficios de la fe pública. En primer lugar, porque lo esencial de estos beneficios consiste, para las partes contratantes, en una reducción de riesgos futuros difícilmente cuantificables. La seguridad jurídica que otorga la fe pública reduce la probabilidad de controversias y de su resolución por procedimientos judiciales, en un grado que sólo podemos estimar por vías indirectas y con un significativo margen de error. Además, no todos los beneficios que se derivan del uso de documentos públicos son internalizados por los propios agentes económicos que formalizan el contrato o el crédito. Dado que la resolución de conflictos por vía judicial está fuertemente subvencionada por el sector público, la utilización de documentos públicos –y la consiguiente reducción de procedimientos judiciales– tiene externalidades positivas para toda la sociedad que van más allá de las meras ventajas individuales y deben ser tenidas en cuenta también en el análisis de costes y beneficios de la fe pública.

Como se ha apuntado anteriormente, uno de los principales argumentos desarrollados en defensa de un sistema de documentos públicos de la naturaleza del que hoy existe en España, es su capacidad para reducir la litigación en los tribunales de justicia. Esto ya supone una indudable ventaja para la economía nacional, porque el gasto en litigios tiene una rentabilidad social muy baja. No puede negarse, ciertamente, que el gasto en litigios produce también algún tipo de externalidad positiva. Ésta existe, en efecto, siempre que el gasto en un procedimiento determinado, tenga como efecto una sentencia que reduzca la litigación en el futuro. Una jurisprudencia eficiente es, por tanto, un activo social que contribuye a reducir los gastos futuros; y, en este sentido, a todos beneficia. Pero en lo que no contribuye estrictamente a esta menor litigación futura, el gasto en procedimientos judiciales es muy poco productivo para cualquier economía.

La valoración del beneficio generado por el notario para el conjunto de la sociedad aumenta tan pronto como se toma en consideración la cir-

cunstancia de que los costes de un procedimiento no se limitan a los estrictos gastos monetarios en los que las partes implicadas en él incurren. Por el contrario, un porcentaje significativo de los costes de la litigación viene ocasionado, a menudo, por el hecho de que el procedimiento judicial obliga a la no utilización o a un empleo subóptimo de los bienes o recursos que son objeto de litigio. Un instrumento que permita la reducción de la duración de dichos procedimientos implicará, por tanto, también una reducción de los costes sociales de la litigación. Por fin, si se analiza el problema desde el punto de vista del contribuyente, la reducción de la litigación presenta otra ventaja importante: la reducción de gasto público que la disminución de procedimientos significa en un sistema en el que el Estado asume gran parte de los costes de la administración de justicia.

Uno de los temas más discutidos en el campo del análisis económico de la justicia es precisamente en qué grado los particulares deben pagar por el uso de los servicios de administración de justicia que el Estado les ofrece. El argumento antes apuntado de la existencia de beneficios externos producidos por la actividad de los tribunales de justicia permite defender el establecimiento de tasas, subvencionadas por debajo del coste, por tanto, en la administración de justicia para los litigantes. Mucho más discutible es que sean recomendables políticas como la adoptada en España el año 1986 consistente en suprimir totalmente las tasas judiciales. Pero, al margen de opiniones, la realidad es que hoy por hoy es el gasto público el que soporta el peso principal de los costes de la justicia.

Cualquier norma o arbitrio jurídico que permita reducir la litigación no sólo ahorra costes, por tanto, a los litigantes y la sociedad en su conjunto, sino también, más específicamente, al Estado. La actividad de los notarios permite así reducir el gasto público; o, alternativamente, conseguir un mejor empleo de los recursos para ofrecer un servicio más eficiente a los ciudadanos. Pero, a pesar de la existencia de estas ventajas para el conjunto de la sociedad, no cabe duda de que son los agentes económicos directamente implicados los principales beneficiarios de la fe pública. Hay que analizar, por tanto, en qué la fe pública puede beneficiar a cada una de las partes y cómo el coste de la intervención se distribuye entre ellas.

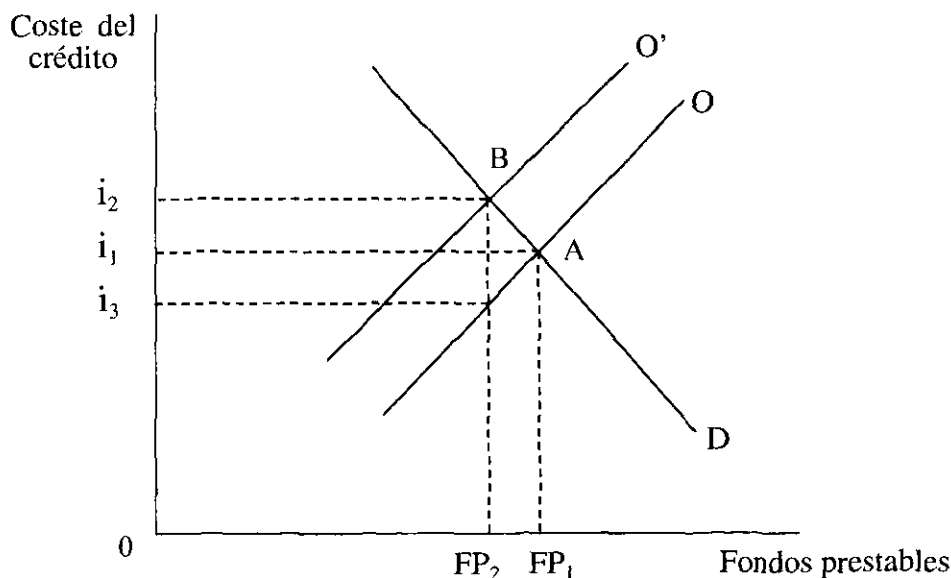
El primer efecto que percibe quien compra una vivienda con un préstamo con garantía hipotecaria o solicita un préstamo personal de un banco es el mayor coste que para él tienen dichos préstamos como consecuencia de la intervención del notario. La obligación de los prestatarios de pagar el coste de la intervención no significa, sin embargo, que el coste real de ésta recaiga en su totalidad sobre ellos. El problema es bien conocido en economía y se plantea siempre que una determinada opera-

ción de contratación civil o mercantil debe soportar alguna carga ligada a dicha operación. Volvamos al caso de los préstamos arriba mencionados. El argumento convencional es el siguiente. Aunque formalmente el coste de la intervención sea soportado en su totalidad por el prestatario, dicho mayor coste hará caer la demanda de préstamos y de créditos. La razón es que el prestatario, al calcular cuál es el precio total que para él tiene la operación bancaria, no tomará en consideración sólo el interés que el banco le cargue, sino también todos los costes anejos a tal operación, entre los que se encuentran los honorarios del notario.

El tratamiento convencional de este problema se presenta en la figura III-2. En ella se parte de un mercado de fondos prestables en el que el equilibrio viene representado en el punto A, determinado por el corte de las curvas de oferta y demanda de créditos. Tras la curva O debe verse, por tanto, a los bancos, y tras la curva D a los demandantes de crédito, es decir, las empresas y los particulares. Suponemos que en este equilibrio A no existen los notarios y, por lo tanto, su coste de intervención es cero. El coste de equilibrio obtenido i_1 representa, por tanto, el porcentaje del principal que perciben los bancos, por cualquiera de los conceptos habituales en este tipo de operaciones.

FIGURA III-2

LA DISTRIBUCIÓN DEL COSTE DE LA FE PÚBLICA (I)



Introduzcamos ahora la figura del notario en este análisis. El primer efecto de esta intervención es el encarecimiento del préstamo al que antes se hizo referencia. La curva de oferta se desplaza, por tanto, hacia arriba en la cuantía de los costes de la intervención. Dado que la utilidad marginal esperada del préstamo no ha cambiado para los particulares y empresas, la curva de demanda no cambia. El resultado es el paso a un nuevo punto de equilibrio B, que se diferencia de A en dos aspectos. El primero es un crecimiento del coste del crédito para el prestatario, que pasa de i_1 a i_2 . El segundo, una reducción del volumen de fondos prestables puestos efectivamente a disposición del público desde FP_1 a FP_2 .

Es fácil percibir, sin embargo, que la distancia que separa estos dos niveles de coste es inferior a la que separa las dos curvas de oferta. La razón es que, dado el carácter decreciente de la curva de demanda, los prestamistas van a reducir su demanda de fondos prestables, y una parte del coste de la intervención, concretamente la representada por la distancia entre i_1 —el interés de equilibrio original— e i_3 —el interés que realmente perciben los bancos en el nuevo equilibrio—, será soportada por los prestamistas.

Un análisis convencional de nuestro caso nos llevaría a la conclusión de que el coste de la intervención se reparte entre prestamistas y prestatarios en función de la elasticidad-precio de la demanda de créditos. Las instituciones bancarias soportan, por tanto, una parte de los costes como consecuencia de la menor demanda de créditos a la que da origen el coste de la intervención. Y sólo en el caso extremo —y difícilmente imaginable— de una función de demanda de fondos prestables perfectamente inelástica a su precio, las entidades bancarias no soportarían parte alguna del coste de la intervención, que sería pagado en su totalidad por los prestatarios.

Este análisis convencional resulta, sin embargo, insuficiente en el caso que nos ocupa. La razón es que uno de sus presupuestos implícitos es que el coste que motiva el desplazamiento de la curva de oferta en nada beneficia a las partes contratantes, lo que en nuestro caso no es cierto. El análisis que sirve, por ejemplo, para explicar cuál es el efecto de impuestos sobre transmisiones o sobre actos documentados resulta insuficiente en nuestro caso y debe ser completado.

Para ello volvamos sobre el problema de los desplazamientos de la curva de oferta. En el caso anterior el coste de la intervención, al suponer un aumento del interés pagado por el prestatario, se representaba con un desplazamiento hacia arriba de la curva de oferta. Ahora bien, la intervención del notario en la formalización del contrato tiene un efecto en sentido contrario. Concretamente, permite reducir el tipo de interés que los bancos cargan a los prestatarios.

Para entender esta idea basta desagregar los diversos elementos que integran el interés pagado en un préstamo o crédito bancario. En primer lugar está el coste de la utilización del capital en el momento actual, que depende fundamentalmente de la preferencia temporal vigente en un mercado en un momento concreto; en segundo lugar, el coste de la depreciación esperada del dinero cuando la tasa de inflación esperada es positiva; en tercer lugar, los costes de intermediación de la entidad financiera; y en último lugar –lo que no significa, desde luego, que sea lo menos importante– el riesgo que experimenta dicha entidad financiera ante la posibilidad de que su cliente no pueda –o no quiera– atender al pago de los intereses o el principal prestado. Este último aspecto es el que mayor relevancia tiene a nuestros efectos.

La formalización de los préstamos y créditos en documento público tiene dos efectos positivos para los bancos. En primer lugar, afecta al tercero de los elementos del tipo de interés antes mencionados: los costes de funcionamiento del banco. En caso de impago, los privilegios del documento público frente a un documento privado reducen los costes que para el banco tiene hacer efectivo su crédito. Esta reducción de costes hace referencia tanto a la mayor simplicidad del procedimiento ejecutivo, como a la reducción del tiempo que transcurre desde el momento de la presentación de la demanda hasta la recuperación de los fondos prestados, en caso de que la sentencia judicial sea favorable.

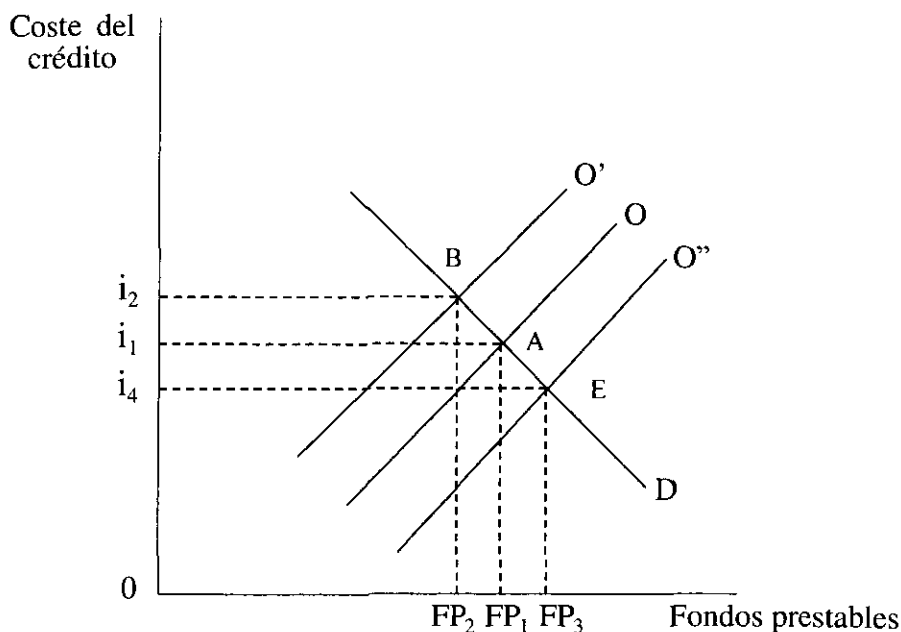
Pero existe aún otro factor muy relevante: el aumento de la probabilidad de recuperar un determinado préstamo o crédito en caso de concurrencia con otros acreedores cuando aquél está formalizado en documento público. El efecto de estos dos factores es claramente la reducción de los tipos de interés que cargan los bancos a sus clientes. En el caso de la reducción de los costes de transacción el efecto es claramente positivo no sólo para los bancos, sino también para todo el conjunto del sistema económico. El segundo factor –el aumento de la probabilidad de hacer efectivo el crédito frente a otros acreedores– plantea mayores problemas con respecto a sus efectos sobre el conjunto de los agentes económicos, ya que esta mayor probabilidad de cobro para los bancos puede ir acompañada de una reducción de la misma probabilidad para los acreedores que carecen de un documento con la fuerza de la póliza intervenida. Hay argumentos, sin embargo, que parecen indicar que también en este caso habría ganancia de bienestar social, como se verá en un apartado posterior de este trabajo, en el que se analizará el problema de los créditos privilegiados. En todo caso, el resultado neto en las relaciones entre las entidades bancarias y sus clientes es una reducción de los tipos de interés como consecuencia de la intervención del notario.

Si un incremento del coste para un volumen dado de FP significa un

desplazamiento hacia arriba de la curva de oferta, la reducción de costes se representará, lógicamente, como un desplazamiento hacia abajo. Nos encontramos, por tanto, con un doble efecto de sentido contrario, que se presenta en la figura III-3. En esta figura se parte del mismo punto de equilibrio A, definido en la figura III-2. Pero en ella se representan ahora simultáneamente los dos efectos de la intervención del notario. Por las razones antes apuntadas de costes relativamente bajos de la intervención y de reducción significativa de costes de transacción y disminución del riesgo de impago al banco es razonable suponer que el resultado neto será una curva de oferta final O'' situada no sólo por debajo de O' , sino también por debajo de O . Esta curva O'' es la que representa, por tanto, la función de oferta de fondos prestables por parte de los bancos una vez que se han tenido en cuenta los costes de la intervención de los notarios y los beneficios que con respecto a costes de transacción y a riesgo de impago ésta produce. El equilibrio final se alcanza, por tanto, en el punto E, en el que el volumen de fondos prestables aumenta a FP_3 y el coste total soportado por los prestatarios se reduce a i_4 .

FIGURA III-3

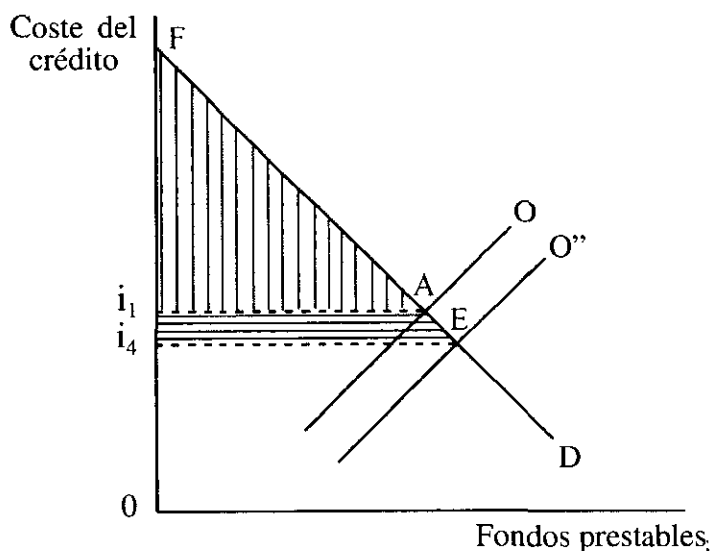
LA DISTRIBUCIÓN DEL COSTE DE LA FE PÚBLICA (II)



¿Beneficia a los prestatarios –es decir, a los demandantes de crédito representados en la curva D– la nueva situación? No es difícil dar una respuesta afirmativa a esta pregunta. Para ello basta hacer uso de uno de los criterios de comparación de niveles de bienestar más usuales en economía: la comparación de excedentes del consumidor en dos situaciones de mercado distintas. En la teoría de los precios, el excedente del consumidor mide la diferencia entre la cantidad que un consumidor está dispuesto a pagar por un bien o servicio –determinada por la curva de demanda– y la cantidad que paga realmente.

FIGURA III-4

FE PÚBLICA Y EXCEDENTE DEL CONSUMIDOR



En la figura III-4 los posibles excedentes de los demandantes de crédito vienen determinados por los triángulos rectángulos que delimitan el eje vertical, la curva de demanda y la perpendicular al eje vertical trazada desde cada uno de los posibles puntos de equilibrio. Cuanto más bajo sea el tipo de interés, mayor será, por tanto, el excedente del consumidor de los demandantes de crédito. Concretamente el excedente en el caso de no existencia de fedatarios públicos vendría indicado por el triángulo FAi_1 , es decir, la superficie rayada verticalmente en la figura. Y, como consecuencia de la intervención del fedatario en las operaciones de cré-

dito, el excedente se incrementaría en la cuantía indicada por la superficie rayada horizontalmente, pasando a ser determinado por el triángulo $F E_i$. Lo que este aumento del excedente del consumidor representa, es, lógicamente, una ganancia en términos de utilidad para los demandantes de crédito.

III.3. El debate sobre los créditos privilegiados

Hemos visto que la existencia de privilegios ligados a determinadas formalidades en un documento de crédito permite al acreedor recuperar sus activos con mayor rapidez, menores costes y una más elevada probabilidad de éxito en caso de que deba entrar en competencia con otros acreedores por la insuficiencia del activo del deudor.

Son diversos los casos en los que, en la práctica, la formalización del crédito en escritura pública o póliza intervenida ofrece estos privilegios. Baste mencionar las ventajas que presentan los procedimientos ejecutivos y el significado del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que serán títulos que tendrán aparejada ejecución tanto las escrituras públicas como las pólizas de contratos mercantiles firmadas por los antiguos corredores de comercio (y hoy por los notarios). Y conviene mencionar también por su gran importancia en la vida económica el privilegio que en casos de quiebra establece el artículo 913 del Código de Comercio, que antepone a los créditos comunes el derecho de los acreedores hipotecarios y de los acreedores escriturarios conjuntamente con los que lo fueron por títulos o contratos mercantiles que hubiere intervenido agente o corredor, hoy notarios.

El aspecto negativo de la existencia de créditos privilegiados es que su misma existencia puede causar un daño a los acreedores que carecen de privilegios. Para demostrar que la existencia de créditos privilegiados es socialmente deseable, un análisis de eficiencia exigiría, por tanto, probar que los beneficios sociales de esta institución exceden a sus costes. El problema se complica, además, porque –si se analiza lo que ocurre en el mundo real con los créditos privilegiados– difícilmente puede defenderse la existencia de créditos privilegiados con argumentos de equidad o de defensa de la parte contractual más débil. Por el contrario, los acreedores con privilegio son, en la mayor parte de los casos, instituciones financieras. La eficiencia tiene que ser, por tanto, el criterio clave a la hora de justificar los beneficios sociales que su existencia puede implicar. Pasaremos, por ello, a analizar el fundamento económico de estos privilegios.

El argumento más importante en defensa de los créditos con privilegio es que permiten a los prestatarios –empresas o particulares– obtener

créditos en unas condiciones que no lograrían sin las ventajas que el procedimiento ejecutivo o la prioridad en un procedimiento concursal ofrecen a los acreedores. Se trata, en esencia, de los mismos argumentos desarrollados anteriormente en las figuras III-2 y III-3. La crítica que suele dirigirse a este argumento es que, si por un lado se reduce el riesgo para algunos prestamistas, por otro, la existencia misma de créditos garantizados supone un aumento en el riesgo de créditos fallidos para los acreedores que carecen de privilegio alguno.

Si los acreedores tuvieran información perfecta de la situación financiera de sus clientes, con especificación de su nivel de endeudamiento previo y de la situación concreta del nuevo préstamo en caso de insolvencia, cada acreedor fijaría un tipo de interés proporcional al riesgo que soporta. Así la existencia previa de créditos hipotecarios o de créditos formalizados en póliza intervenida por notario, daría origen a un aumento del interés —explícito o implícito— del nuevo crédito. Una empresa podría, por tanto, no obtener grandes ventajas de la rebaja de interés en sus préstamos bancarios que la intervención del notario supone, ya que el menor coste de estos créditos podría verse compensado por el mayor coste de sus créditos ordinarios.

Cabe, sin embargo, una doble respuesta a esta crítica. Por un lado, es discutible su generalidad. Los mercados no funcionan con la información perfecta que esta crítica presupone; y los títulos formalizados por un fedatario público no sólo son útiles en casos de insolvencia, ya que, como hemos visto, facilitan el cobro del crédito también en los casos en los que el prestatario no es insolvente, pero intenta no satisfacer la deuda o pagar lo más tarde posible. Por otro, pueden alegarse otros motivos por los que los privilegios de los títulos de crédito formalizados por fedatario público son eficientes desde el punto de vista social. Se trata, concretamente, de la reducción de costes de inspección e información que el privilegio supone.

Un primer argumento sería la reducción de los costes de vigilancia de la persona o empresa deudora que un crédito preferente permite. Se trata concretamente del seguimiento del deudor que la entidad financiera realiza para valorar el riesgo de impago de su crédito. Estas actividades de inspección y vigilancia son, por su propia naturaleza, costosas; y su reducción supone, por tanto, un beneficio social neto, ya que el aumento total de costes experimentado por los acreedores ordinarios será menor que la reducción de costes totales de los acreedores privilegiados.

Otro argumento se basa en la asimetría de la información disponible al deudor y al acreedor con respecto a la solvencia y a la posible devolución del crédito. Mientras el prestatario dispone de información completa, la entidad financiera sólo dispone de una información parcial, buena parte de la cual le ha sido suministrada por el propio cliente. La

mayor garantía que supone la intervención del fedatario evita así que el prestamista deba invertir en información complementaria y en comprobar si toda la información recibida es cierta.

Aunque no sea un tema sobre el que exista un acuerdo general por parte de todos los economistas que lo han estudiado, sí parece haber una opinión claramente mayoritaria en la literatura económica contemporánea sobre las ventajas que tiene la existencia de este tipo de créditos. Opinión mayoritaria que, además, se ve confirmada en la mayor parte de las legislaciones, que se resisten –a pesar de las numerosas críticas que con frecuencia se plantean– a suprimir los privilegios de este tipo de créditos.

CAPÍTULO IV

EL ARANCEL NOTARIAL

IV.1. Análisis económico del arancel

El peculiar carácter del notario como funcionario público y, al mismo tiempo, profesional independiente, hace que la determinación del arancel constituya una de las cuestiones fundamentales en la regulación de esta profesión. Conviene señalar, en primer lugar, que la remuneración por arancel no es una característica indisolublemente unida a la actividad de los fedatarios públicos. Cabría, en principio, que los notarios tuvieran un sistema de remuneraciones salariales similar al de otros cuerpos superiores de la Administración del Estado. Y hay precedentes de funcionarios que, tras haber sido remunerados durante largo tiempo mediante un sistema de aranceles, han pasado después a integrarse en el modelo salarial dominante en la Administración Pública. El caso más interesante a nuestros efectos, por tratarse de un cuerpo cuya función principal es precisamente la de fedatario, es el de los antiguos secretarios de juzgados y tribunales, que eran funcionarios remunerados con arancel; y a los que una disposición legal convirtió sin mayores problemas en funcionarios a sueldo de la Administración de justicia.

De hecho, una de las propuestas que se han venido barajando desde hace tiempo para la reforma de la fe pública en el campo del derecho privado ha sido precisamente la de convertir a los notarios en funcionarios asalariados. Tal propuesta hoy es, sin embargo, muy minoritaria,

ya que parece existir un consenso bastante generalizado de su inconveniencia. La razón es que la teoría económica de la burocracia nos ha enseñado mucho en las últimas décadas sobre los comportamientos de los funcionarios públicos y el papel que puede desempeñar una política de remuneraciones flexibles basada en la productividad de cada funcionario. Convertir a los notarios en asalariados destruiría los incentivos que hoy tienen estos profesionales para ofrecer un servicio eficiente a sus clientes.

Con mayor precisión, podríamos decir que la modificación del sistema de remuneración implicaría cambios en los argumentos de las funciones de utilidad que los notarios intentan maximizar. En el modelo actual, los notarios maximizan funciones de utilidad similares a las de otros profesionales que ejercen su actividad en forma privada. Con el cambio, pasarían a adoptar comportamientos basados en las funciones de utilidad características de los funcionarios, que tienen un puesto de trabajo permanente e ingresos estables.

En el modelo hoy vigente el notario trata de obtener los mayores beneficios posibles mediante la constitución de una clientela que demande sus servicios. Es cierto que las restricciones bajo las que se maximizan dichas funciones de utilidad no son las mismas en el caso de un profesional independiente y de un funcionario remunerado por arancel. Existe, en efecto, una diferencia fundamental, en cuanto el acceso a la profesión es distinto y los grados de libertad en los que se mueve un abogado o un arquitecto, por ejemplo, son muy superiores a los de un notario. Mientras aquéllos simplemente necesitan un título y una colegiación para ejercer donde consideren conveniente, éste sólo puede ejercer en el lugar al que ha sido destinado. La estrategia racional de un notario para maximizar sus ingresos, a medio y largo plazo, no consiste tanto en conseguir una situación ventajosa en el mercado concreto del distrito en donde ejerce su profesión como conseguir ser destinado a un lugar interesante, al que sólo puede acceder en competencia con sus propios colegas. Y una vez establecido, los medios que tiene para captar una mayor clientela están mucho más limitados que los que utilizan quienes ejercen profesiones liberales. Pero, aun así, los notarios coinciden con los profesionales liberales en el hecho fundamental de que sus ingresos vienen determinados por el número de clientes que demanda sus servicios. Los ingresos del funcionario asalariado, en cambio, dependen de otros factores que nada tienen que ver con la demanda que una clientela haga de sus servicios. Y esta diferencia es crucial a la hora de entender los comportamientos de unos y otros cuerpos de funcionarios.

La teoría económica ha analizado ampliamente los incentivos que guían los comportamientos de los funcionarios asalariados. Dadas las limitadas

variaciones en sus ingresos que implica el modelo salarial, la explicación más extendida del comportamiento maximizador de los funcionarios públicos asalariados se basa en la existencia de funciones de utilidad distintas de las de los profesionales liberales. La diferencia fundamental radicaría, por tanto, en la función de utilidad a maximizar. Dado el modelo de remuneración de los funcionarios asalariados, tendría poco sentido para éstos intentar obtener un salario monetario más elevado; su objetivo será, en cambio, tratar de conseguir la máxima utilidad a partir de otras variables, como el poder dentro del ministerio –medido por la influencia y el tamaño del organismo que se dirige– o la comodidad en el trabajo –realizar el menor número de actividades y tener el mayor tiempo libre posible–. En cualquier caso, lo relevante aquí no es tanto detallar con precisión cuáles son los argumentos de la función a maximizar como el hecho de que estas funciones de utilidad y las restricciones a las que está sometida la conducta del funcionario llevan, con gran frecuencia, a comportamientos socialmente ineficientes. En otras palabras, si un profesional liberal en condiciones de competencia obtiene beneficios es porque ha ofrecido a la sociedad servicios que ésta valora. Y su aumento de bienestar va ligado a un crecimiento del bienestar social. En el caso de un funcionario asalariado, con una función de utilidad y unas restricciones como las arriba descritas, su mayor bienestar no tiene, en cambio, por qué dar origen a un aumento del bienestar social.

Los funcionarios remunerados por arancel se encuentran en un punto intermedio entre estos dos modelos. Pero, en cuanto a la obtención de ingresos coinciden con los profesionales liberales en que aquéllos se encuentran ligados a su productividad, lo que necesariamente ofrece incentivos más adecuados para el crecimiento del bienestar social. El paso de un sistema de remuneración por arancel a un modelo salarial para los notarios no parece, por tanto, una alternativa hoy viable y eficiente. No se discutirá, en consecuencia, tal cuestión en este estudio, que se centrará en los importantes problemas que plantea la determinación de un arancel eficiente como remuneración del ejercicio de la fe pública.

Resulta evidente que, dado el régimen de monopolio legal en el que actúan los notarios, no tiene sentido un modelo de remuneración en el que éstos fijen libremente sus aranceles como si estuvieran actuando en un mercado plenamente competitivo. Dado que el número de notarios es muy reducido en la gran mayoría de los distritos, y que, en muchos de ellos, existe un único notario, el resultado de un arancel totalmente libre sería que los notarios fijarían sus precios en muchas plazas de acuerdo con el principio de maximización de ingresos del monopolista. (Tal estrategia tendría, sin embargo, una limitación importante debida a la reducción de los precios de transporte, que permiten hoy el desplazamiento de

los clientes a notarías situadas fuera de la localidad en la que tienen su domicilio, siempre que la diferencia de precios cargados por dos notarios concretos compensara el incremento de los costes de transacción en el que los demandantes de servicios notariales incurrirían).

Este principio de maximización de ingresos no supondría, como es sabido, que los notarios no tuvieran un límite en la fijación de sus tarifas, ya que la demanda de servicios de un notario tiene una cierta elasticidad con respecto al precio que cobra por sus servicios; pero sí que el punto de equilibrio se alcanzaría a un precio más alto que el de libre competencia, lo cual –dado que la elasticidad demanda-precio de los servicios notariales no es cero– daría origen a una provisión subóptima de los servicios de los fedatarios públicos. El monopolista tendería, concretamente, a fijar su producción en el punto en el que sus ingresos marginales igualaran a sus costes marginales, y establecería el precio en el punto máximo que para esa concreta cantidad permitiera su curva de demanda. Es importante insistir en que el problema no consiste sólo en que los usuarios de los servicios notariales tendrían que pagar un precio más alto que el vigente en un mercado competitivo, sino también en que el total de servicios de fe pública suministrados al mercado sería más bajo, lo que –debido a los beneficios sociales que se atribuyen a la existencia de fe pública en la economía– supondría un perjuicio para el conjunto de la sociedad.

Para evitar esto –si se conserva un modelo de fe pública de la misma naturaleza que el hasta ahora vigente– el Estado, una vez otorgado el estatus de monopolistas a los notarios, debe establecer límites a la libertad de éstos en la fijación de sus tarifas. Esta limitación puede ser de varios tipos. El primero consistiría en fijar los aranceles sin dar posibilidad alguna a los notarios para modificar al alza o a la baja sus tarifas. El segundo se basaría en establecer una limitación a los aranceles máximos que pueden aplicar los notarios, dejando al arbitrio de éstos las rebajas que deseen hacer a sus clientes (lo que suele conocerse como “arancel de máximos”). El tercero, por fin, consistiría en fijar unos límites máximos y unos límites mínimos y aceptar que cada notario pueda establecer sus tarifas en este intervalo (lo que suele conocerse como un “arancel de bandas”).

El primer tipo de arancel no permite, en principio, ninguna libertad de acción al notario ni el uso de una política de precios para aumentar su clientela y ganar una mayor cuota de mercado. En los otros dos modelos sí cabe esta estrategia; y su única diferencia radica en que en el arancel de bandas se fijan unos límites mínimos, que no existen en el arancel de máximos. Un análisis económico del arancel exige estudiar, por tanto, dos cuestiones. La primera, la conveniencia de que exista o no un cierto grado de competencia en precios entre los notarios; es decir, determinar si

el arancel fijo es o no la solución más conveniente. El segundo, en caso de que no se opte por el arancel fijo, explicar en términos de eficiencia el sentido de las limitaciones superiores e inferiores que pueden establecerse en el arancel. La primera parte de este análisis se realiza en términos generales, sin entrar a estudiar la reglamentación hoy vigente. Sólo una vez analizada la cuestión de esta forma, se pasa a considerar las diversas interpretaciones de la actual reglamentación y a analizar posibles reformas.

El debate sobre el arancel fijo debe centrarse necesariamente en torno al tipo de competencia que se considere deseable en el caso específico de los notarios. Por ello hay que señalar, en primer lugar, que la no competencia en precios no implica necesariamente la no existencia de algún tipo de competencia. Cabe, en efecto, que, con precios fijos, los notarios compitan en calidad o en la forma específica de suministrar sus servicios. Es discutible, por tanto, la opinión manifestada en su día por el Tribunal de Defensa de la Competencia en relación con el arancel del antiguo cuerpo de corredores de comercio, de acuerdo con la cual la atribución del carácter de máximos a todos sus aranceles era condición indispensable para que existiera un mínimo de competencia entre los corredores que incrementara su productividad y permitiera una moderación de los costes de la intervención por el juego del mercado [Tribunal de Defensa de la Competencia, *Informe al proyecto de Real Decreto por el que se modifica parcialmente el reglamento para el régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, de su Consejo General y regulando el ejercicio del cargo de corredor colegiado de comercio aprobado por Real Decreto 853/1959, de 27 de mayo (25 de enero de 1995)*, p. 7]. Más exacto sería, en cambio, afirmar que esta competencia en precios es un instrumento muy importante –y muy eficiente– en la política de competencia, que debe plantearse siempre en conjunción con otro tipo de normas que den origen a mayores grados de competitividad.

Uno de los problemas más graves del arancel fijo, en lo que a la competencia respecta, es que suele darse en un marco de reglamentación más amplio que dificulta también el desarrollo de otras formas de competencia. El efecto sobre la competencia de las restricciones a la publicidad es un ejemplo bien conocido en los mercados de servicios profesionales. Pero otro problema importante para el desarrollo de una estrategia de competencia al margen de los precios viene planteado por los acuerdos y convenios que, junto a indudables ventajas para la organización del servicio al público, tienen el efecto negativo de restringir la competencia.

En defensa del arancel fijo se ha señalado, desde el notariado, que la sumisión del precio de la intervención notarial a las leyes del mercado desplazaría el centro de gravedad de la actuación notarial al coste de la intervención, que sería así casi lo único que interesaría al cliente; y el

único logro que resultaría premiado en la relación entre el notario y el cliente sería una producción de servicios lo más barata posible. La validez de este argumento depende, sin embargo, de un elemento fundamental, que fue mencionado en un apartado anterior de este dictamen, los argumentos de la función de utilidad de los notarios; o, en otros términos, lo que los notarios maximizan en el ejercicio de su profesión. Desde un análisis de este tipo, los diversos sistemas posibles de aranceles no suponen diferentes argumentos en las funciones de utilidad de los notarios, sino diferentes restricciones. Un cambio en el sistema de aranceles vigente dará origen, por tanto, a comportamientos diferentes por parte de los notarios, pero no tiene por qué modificar los objetivos de quien ejerce la profesión. Si es cierto que un arancel flexible tendría como uno de sus efectos que los notarios intentaran ofrecer sus servicios a precios más bajos para conseguir una mayor cuota de mercado y obtener así mayores ingresos, no hay razón alguna para pensar que este objetivo de maximización de ingresos no sea también lo que persiguen hoy con un sistema de aranceles fijos. En este caso su estrategia no sería rebajar precios para ganar cuota de mercado, pero sí pactar con determinadas instituciones –bancos, por ejemplo– para conseguir intervenir un mayor número de préstamos hipotecarios o personales; o “disuadir” (mediante largos períodos de espera, por ejemplo) a los clientes que demanden los servicios de un notario para redactar determinados documentos sin cuantía que resulten poco rentables al notario y centrar su actividad en los documentos que mayores ingresos le ofrecen. Esta posición es, sin duda, minoritaria hoy; y, si la conducta de los notarios es racional, debería ser también minoritaria tras una posible flexibilización de los aranceles.

Es muy discutible, por tanto, que con un sistema de aranceles fijos los notarios muestren mayor interés por los efectos externos de su actividad –es decir, por aquellos efectos que generan beneficios para el conjunto de la sociedad– que el que mostrarían con un arancel más flexible. En el argumento anterior sí hay, en cambio, una idea importante que plantea problemas al establecimiento de un arancel puramente competitivo. Se trata del argumento de que los clientes, en la mayoría de los casos, cuando van al notario son incapaces de distinguir entre un servicio de buena o mala calidad y sólo se fijan en el coste, o en la dilación en la entrega del documento. De hecho, el principal argumento técnico que puede utilizarse en favor de un arancel fijo se basa precisamente en la asimetría de información entre los oferentes del servicio –los notarios– y sus clientes.

Es una idea generalmente aceptada que en las economías de mercado los precios son indicadores tanto de la escasez como de la calidad re-

lativa de un producto. En condiciones de información perfecta hemos de esperar que la diferencia de precios entre dos productos semejantes refleje la diversa calidad de ambos. Los consumidores racionales no adquirirán necesariamente, por tanto, bajo estas condiciones, el producto más barato, o el de mejor calidad, sino aquel que responda mejor a las preferencias de calidad de cada uno de ellos. El mercado alcanzará su equilibrio cuando los precios ajusten las cantidades demandadas y ofrecidas de los productos a cada uno de los niveles de calidad, y desaparezca, por tanto, todo exceso de oferta o de demanda para todas las calidades.

La teoría de los mercados competitivos presupone que los compradores y los vendedores tienen el mismo grado de información con respecto al producto. ¿Qué ocurriría si esto no fuera así? ¿Qué pasaría si el comprador intentara adquirir un producto de cuyas condiciones técnicas ignora casi todo y con respecto al cual no existe una producción estandarizada en la que determinadas marcas le ofrecen una garantía de seriedad y eficiencia? En primer lugar, que el consumidor sería incapaz de ponderar los diferentes precios con las diversas calidades del producto, ya que ni conoce éstas ni el mercado le ofrece instrumentos —como las marcas— que le permitan adoptar una decisión con un mínimo de confianza de que está gastando bien su dinero. Y, en segundo lugar, que en determinados mercados, como los de ciertos servicios profesionales en España, no hay posibilidad de crear esta información o de ofrecer indicios de calidad al usuario (al menos mientras no se creen empresas de volumen suficiente como para suministrar un producto estandarizado, como se intenta hacer, por ejemplo, en mercados como el de auditorías).

El resultado de estos mercados imperfectos ha sido ampliamente estudiado por los economistas [el trabajo pionero en el estudio de estos mercados es el de G. AKERLOF, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970)]. Su conclusión más relevante a nuestros efectos es que, si no se arbitran medidas que garanticen la calidad de los productos, ésta irá cayendo a niveles cada vez más bajos. La razón es la siguiente. Al no ser los demandantes capaces de juzgar adecuadamente sobre la calidad del producto, los oferentes no tendrán incentivos para ofrecer productos de calidad. Los consumidores, por su parte, tratarán de seguir una estrategia de minimización del gasto. Ya que no pueden juzgar la calidad del producto, la mejor forma de obtener la máxima rentabilidad de su dinero es pagar el precio más bajo posible. Y ante esta estrategia, los oferentes tendrán un nuevo incentivo para suministrar productos de baja calidad. Sólo estrategias de los productores que ofrezcan los indicios de fiabilidad antes mencionados o normas legales que garanticen mínimos de calidad podrán dar solución, al menos parcial, a este problema.

La lógica de maximización, desde el punto de vista individual, y el ineficiente resultado desde el punto de vista social pueden explicarse fácilmente mediante un sencillo modelo de teoría de juegos. El juego desarrollado a continuación parte de los siguientes supuestos, todos los cuales pueden considerarse perfectamente ajustados a la realidad:

a) Tanto el cliente como el notario son agentes económicos racionales, que intentan maximizar su nivel de satisfacción a partir de unas condiciones dadas.

b) Existe una asimetría de información entre las partes, cuya característica principal es que el cliente no tiene conocimientos para distinguir entre un servicio de buena calidad y otro de mala calidad ofrecidos por el notario.

c) El sistema de fe pública funciona de una manera tal que un notario no puede llegar a crear una reputación de calidad en sus servicios que sea conocida por el cliente ni puede hacer uso de la publicidad para suministrar a éste información complementaria sobre la calidad de los servicios que ofrece.

d) Es legalmente posible hacer rebajas en el arancel y los notarios pueden utilizar libremente su política de precios como instrumento de competencia.

En estas circunstancias cada uno de los agentes –el notario y el cliente– tiene dos estrategias posibles. Las del primero son ofrecer un servicio de alta calidad o un servicio de baja calidad. La primera exige al notario realizar un trabajo mayor que la segunda, ya que le obliga a asesorar a sus clientes, a analizar a fondo el documento que va a intervenir y a cerciorarse de que cumple todas las condiciones que le permiten ser utilizado como documento público; la segunda, en cambio, supone unos costes más bajos para el notario, que se limita a firmar el documento sin analizarlo de la forma debida y sin advertir, por tanto, a su cliente de los posibles defectos que pueda presentar.

Por su parte, la estrategia del cliente es también doble. Puede acudir a un notario que cargue tarifas elevadas o puede acudir al que las cobre más bajas. Ya se ha apuntado más arriba que, en condiciones de información perfecta, la decisión del cliente será óptima en función del servicio que desee obtener. En estas condiciones el mercado sólo permitirá que se cobren precios altos por los servicios de calidad, ya que nadie acudiría a un notario que cobrara caro por un mal servicio. Pero esto no significa que todos los clientes vayan a acudir a los mejores notarios. Es perfectamente racional, por el contrario, que, en determinados casos, prefieran un servicio de peor calidad a un coste más bajo (o, como sucede ahora en algunos casos, prefieran prescindir de las ventajas que les ofrece disponer de un documento público para ahorrarse los gastos de la intervención).

Pero cuando la información disponible acerca de la calidad del servicio es defectuosa, el cliente tendrá un claro incentivo a buscar el servicio más barato, ya que un precio más alto no le garantiza una mayor calidad.

Consideremos el caso de un cliente que, por la importancia que para él supone la operación económica a formalizar ante notario, tiene un gran interés en obtener un servicio notarial de alta calidad. La figura IV-1 representa la matriz de pagos del juego para las diversas estrategias del cliente y el notario, correspondiendo los valores situados a la izquierda de la línea punteada en cada una de las casillas a los beneficios netos (ingresos menos costes) esperados por el notario de su intervención, mientras los valores situados a la derecha de dicha línea representan los beneficios netos (ventajas menos costes) que obtiene el cliente de la intervención.

FIGURA IV-1

NIVELES DE CALIDAD Y DE PAGO

		Cliente	
		Pago elevado	Pago bajo
Fedatario	Servicios alta calidad	10 10	2 15
	Servicios baja calidad	15 2	5 5

Dados los supuestos antes señalados, la situación óptima para ambas partes es la representada en la casilla superior izquierda, que representa la combinación de las estrategias “pago elevado” y “servicio de alta calidad”, en la que ambos consiguen un beneficio neto de 10 unidades. Es fácilmente demostrable, sin embargo, que no será esta casilla la que nos indique el resultado final del juego. El equilibrio (equilibrio de Nash, en términos de teoría de los juegos) se alcanzará, en cambio, en la casilla

inferior derecha, es decir, en aquella casilla en la que el cliente seguirá la estrategia de “pago bajo” y el notario la de “servicio de baja calidad”. ¿Por qué se alcanzará el equilibrio en este punto, que resulta mucho más perjudicial para ambos que el posible equilibrio de la casilla superior izquierda? La razón está en las estrategias de maximización que cada una de las partes adoptará, dada la matriz de resultados posibles.

Para el cliente, los beneficios netos esperados de la estrategia “pago elevado” (10,2) son claramente inferiores a los de la estrategia “pago bajo”, que son (15,5). Es decir, ante la incertidumbre del tipo de servicio que le va a ofrecer el notario, el cliente optará por la estrategia “pago bajo” con la que aparentemente obtendrá siempre mejores resultados, 15 si el notario le ofrece un servicio de alta calidad y 5 si el servicio es de baja calidad. El notario, por su parte, no tendrá incentivos para seguir la estrategia “servicio de alta calidad”, ya que su matriz de beneficios esperados (10,2) es inferior a la de la estrategia “servicio de baja calidad”, que es (15,5). En otras palabras, su estrategia dominante será ésta última. Y mientras no se rompa este círculo vicioso el equilibrio se mantendrá en una situación subóptima que, en nuestro caso, se caracterizará por la desaparición del mercado de la fe pública mercantil de los servicios de alta calidad.

¿Cuál debe ser la actitud del Estado, que es quien otorga a los notarios el ejercicio exclusivo de la fe pública? Dos pueden ser las políticas a seguir. La primera, lograr que funcione un mercado de fe pública, en el que se consiga la correspondencia entre el precio y la calidad del servicio. Pero si, por las circunstancias antes apuntadas, tal cosa no fuera posible, debería regular el mercado de modo que el equilibrio se alcanzara en un punto que se aproximara lo más posible al óptimo social, lo que exigiría la creación de incentivos para que el mercado de la fe pública continuara ofreciendo servicios de alta calidad. Para ello, por una parte, tendría que fijar los aranceles de los notarios a un nivel que garantizara la prestación de un servicio de calidad –lo que no implica necesariamente que los aranceles tengan que ser fijos– y, por otra, controlar dicha calidad mediante barreras de entrada de acceso al cuerpo (exigencia en la oposición) o por procedimientos de inspección –en forma directa o a través del Consejo General del Notariado–, ya que el mercado no se habría mostrado capaz de hacerlo por sí mismo.

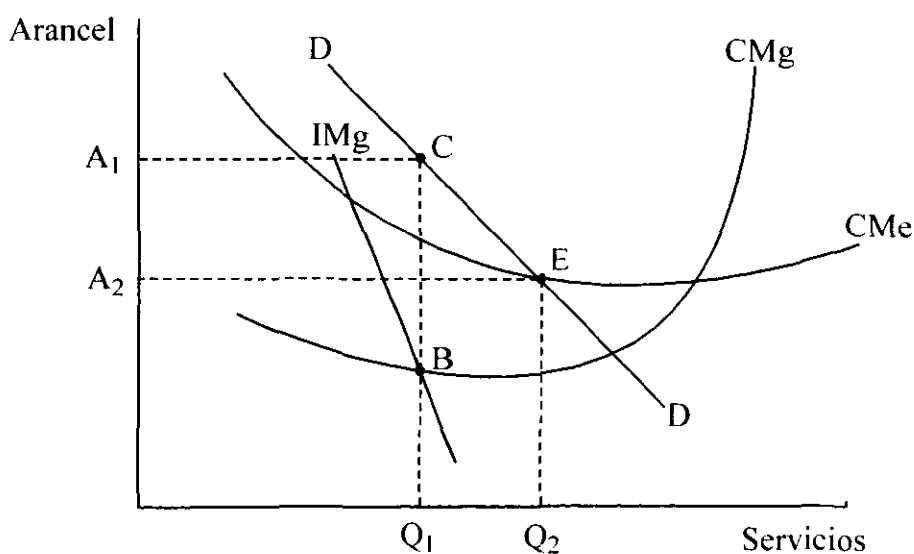
En un análisis de los criterios que pueden utilizarse para la determinación de los aranceles notariales, la primera vía de aproximación al tema debe ser la política del Estado en relación con la fijación de tarifas en los casos de monopolios regulados. Más adelante se harán diversas matizaciones referidas a algunas especiales características de los aranceles notariales. Pero, de momento, se hará una simplificación con respecto a la

multiplicidad de actuaciones de los notarios y al carácter regresivo del arancel en los documentos de cuantía. El problema se planteará, por tanto, en los párrafos que siguen, bajo el supuesto de que el arancel se aplica a una sola actividad y con un tipo de gravamen de carácter proporcional.

La respuesta más común de la economía industrial al problema de las tarifas en monopolios regulados es la fijación de éstas de acuerdo con el criterio de igualación del precio y el coste medio. Las principales razones que aconsejan la fijación de esta concreta política de precios son las siguientes. En primer lugar, que supone una clara ventaja para los usuarios frente al equilibrio del monopolio, en el que las cantidades ofrecidas son menores y los precios que se cargan a los usuarios son más elevados. En segundo lugar, este criterio garantiza que quien ofrece el servicio cubre la totalidad de sus costes de acuerdo con la remuneración de los factores de producción vigente en el mercado en cada momento. Y, en tercer lugar, frente al criterio habitual de eficiencia de igualar precios y costes marginales, tiene la ventaja de que evita el problema de que quien suministra el servicio pueda obtener beneficios o pérdidas según que la curva de demanda corte a la de costes medios en su zona creciente o en su zona decreciente. Los modelos que se explican a continuación ponen de manifiesto, con mayor precisión, estas ideas.

FIGURA IV-2

LA FIJACIÓN DEL ARANCEL DE ACUERDO CON EL CRITERIO DEL COSTE MEDIO



La figura IV-2 presenta la diferencia que existe entre la fijación de un arancel de acuerdo con el criterio del coste medio del suministrador del servicio y el que este mismo suministrador establecería en caso de poder fijar libremente su precio en condiciones de monopolio. En nuestro caso, si los notarios pudieran actuar en forma colusiva y determinar libremente su precio, fijarían éste en el nivel A_1 . A este punto se llega por un procedimiento bien conocido en microeconomía, consistente en reducir la cantidad de los servicios ofrecidos hasta el punto en el que el ingreso marginal (representado en la figura por la línea IMg) iguala al coste marginal (representado en la figura por la curva CMg); es decir, el punto de maximización de beneficios del monopolista. En la figura, este punto es el designado como punto B, que establece una cantidad ofrecida de servicios Q_1 . El arancel lo determinaría entonces la curva de demanda; es decir, el arancel reflejaría la cantidad máxima que los usuarios están dispuestos a pagar para un volumen de servicios equivalente a Q_1 .

Rechazada esta opción por ser muy perjudicial para los usuarios, si el Estado regula el arancel de acuerdo con el criterio antes citado de igualar dicho arancel al coste medio del servicio, aquél se fijará al nivel A_2 . Este criterio tiene, frente al anterior, una doble ventaja para el usuario. En primer lugar, reduce los costes que debe pagar por la intervención de los notarios; y, en segundo lugar, permite que el volumen de servicios contratado a los notarios aumente hasta el punto Q_2 . Si se mide esta ganancia, como es habitual, por el aumento que el excedente del consumidor experimenta como consecuencia de esta medida legislativa —es decir, por la ganancia de bienestar que obtienen los consumidores como consecuencia del hecho de adquirir sus productos en un mercado competitivo— tal aumento del excedente del consumidor viene representado en la figura por la superficie delimitada por los puntos A_2ECA_1 .

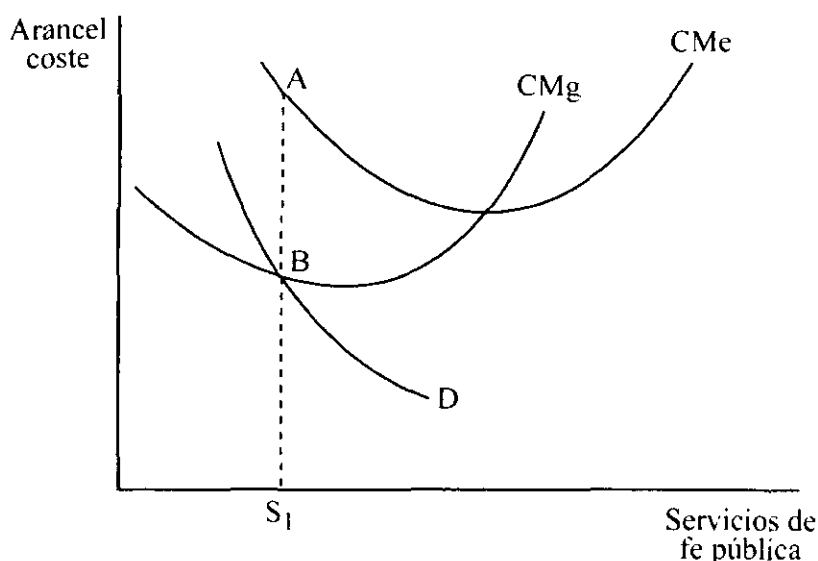
Cabe, desde luego, plantear como estrategia la fijación del arancel de acuerdo con el principio de igualar el precio al coste marginal, que es el criterio habitual en los mercados competitivos. Tal criterio podría encontrar, sin embargo, algunas dificultades en nuestro caso. La primera —que se estudiará más adelante— es la determinación del despacho representativo a la hora de determinar los costes; mientras la segunda consiste en que, dadas la naturaleza del mercado estudiado y la diversa estructura, dimensión y cuantía de la facturación de los despachos de los notarios, la aplicación de un arancel equivalente al coste marginal de la prestación de un determinado servicio podría dar origen a una situación en la que algunas notarías no cubrieran sus costes medios. Esto sucedería en aquellos casos en los que, por existir exceso de capacidad y no haberse alcanzado, por tanto, el nivel óptimo de producción, se funcionara con costes marginales decrecientes. Como buena parte de los costes de funcionamiento

del despacho de un notario son costes fijos y, en muchos casos, el volumen de la demanda viene determinado más por las condiciones de la plaza que por la propia actividad o dedicación del notario, tal situación puede darse con bastante frecuencia.

La figura IV-3 presenta esta situación, en la que el exceso de capacidad se manifiesta en el hecho de que la curva de demanda corta a la de costes marginales en su parte decreciente; y muestra cómo la fijación del arancel en función del coste marginal daría origen a pérdidas, ya que el precio cobrado por el notario no cubriría sus costes medios de explotación. La pérdida sería aquí, concretamente de AB –es decir, la diferencia entre el coste medio de producción y el arancel cargado– por unidad de servicio realizado.

FIGURA IV-3

FIJACIÓN DEL PRECIO A PARTIR DEL COSTE MARGINAL
EN UN DESPACHO CON EXCESO DE CAPACIDAD



Conviene señalar a este respecto que, cuando se habla de costes de explotación en un sector como el de la fe pública, hay que incluir en tales costes, como partida muy importante, el coste de oportunidad del propio notario; es decir, los ingresos que este notario obtendría en una ocupación alternativa acorde con su nivel de conocimientos y experiencia pro-

fesional. Con la expresión “explotación con pérdidas” no se quiere decir, por tanto, que los ingresos del notario no alcanzarían a cubrir los costes del local, los sueldos de los empleados, etc., sino que, siendo aun esto posible, los ingresos no permitirían al notario alcanzar el nivel de remuneración que podría obtener como profesional en un mercado de trabajo competitivo.

El criterio del coste medio para la fijación del arancel parece, por tanto, el más adecuado. Pero no está, sin embargo, libre de problemas importantes. El primero –ya apuntado anteriormente– es la determinación de la notaría representativa que se utilice para determinar cuáles son los costes medios de las actuaciones de los notarios. Los datos disponibles nos indican que las dimensiones de los despachos en los que los notarios ejercen su profesión son muy diferentes. Y por ello puede resultar difícil fijar las características del despacho representativo a estos efectos. Es importante señalar, además, que la introducción de competencia no garantiza, en este caso, una mayor homogeneización de la estructura de costes. La razón es que, con frecuencia, la propia naturaleza del distrito en el que se ejerce la profesión establece unos límites de actuación muy rígidos a una posible reestructuración de los despachos. En las localidades en las que hay un número elevado de notarios puede existir suficiente flexibilidad como para que los despachos se agrupen y reorganicen hasta alcanzar una dimensión óptima, sin que se ponga en peligro, además, la competencia. Pero en localidades pequeñas –y especialmente en plazas de un solo notario– tal cosa puede resultar imposible, ya que la restricción principal estaría en la definición misma de la plaza, que no depende, lógicamente, del notario que la ocupa.

Otro problema es que todos los criterios que intentan igualar los ingresos a los costes mediante la fijación de un precio igual al coste medio crean incentivos a estructuras de producción de costes elevados. No tiene, en efecto, el productor estímulos para reducir sus costes si sus ingresos van a depender de ellos. Pese a ello, este criterio puede resultar favorable a una mayor eficiencia en el caso de distritos en los que existan varias notarías. En este supuesto, cada notario tratará de obtener ventajas a corto y medio plazo funcionando de manera más eficiente que sus competidores, ya que toda rebaja de costes se va a transformar en mayores beneficios; y las notarías tenderán a adoptar la estructura organizativa más eficiente.

Es interesante señalar, por fin, que el criterio del coste medio recibe un respaldo específico en la legislación española como método adecuado a la hora de fijar los aranceles de los notarios y de los demás funcionarios públicos que tengan este tipo de remuneración. Así, el vigente Reglamento Notarial establece en su artículo 63 que la retribución de los nota-

rios no diferirá del coste medio ponderado del documento incrementado con los derechos que correspondan según el Arancel. Y, en términos más generales, la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, establece en su disposición adicional tercera sobre los aranceles de los funcionarios públicos que “En general, los Aranceles se determinarán a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en las que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, incluida su retribución profesional”. El principio es razonable, sin duda; pero, de compleja aplicación práctica por las razones antes apuntadas, que, en el caso de los notarios, se complican aún más por la variedad de instrumentos notariales, la diversa forma de calcular la remuneración en cada caso y las transferencias de los demandantes de algunos documentos a los demandantes de otros.

Aceptado como norma general el criterio del coste medio –tanto por su racionalidad económica como, en el caso de nuestro país, por imperativo legal–, surge la cuestión de su aplicación a los diversos tipos de aranceles posibles antes definidos: fijos, de máximos o de bandas. Dejando a un lado los problemas ya mencionados de la notaría representativa y de los incentivos a no reducir los costes de explotación, la aplicación del criterio del coste medio no supone mayores dificultades en el caso de un arancel fijo, ya que éste reflejaría el coste medio previamente determinado. Lo mismo sucedería con un arancel de máximos, ya que el coste medio determinaría tal arancel y serían las ganancias de eficiencia las que permitirían las rebajas del arancel a medida que los costes de los servicios de los notarios se fueran reduciendo. Más compleja es, sin embargo, la aplicación de este criterio al arancel de bandas. En éste cabe ciertamente aplicar el principio del coste medio, como en el caso anterior, a la determinación del límite superior de la banda y que los notarios puedan hacer rebajas. El problema aquí radica en encontrar un criterio preciso para establecer la banda inferior. Parece que ésta debería suponer una cuantía en la rebaja que respetara los dos principios básicos de este tipo de arancel. Por una parte, las rebajas deberían ser lo suficientemente amplias como para permitir una auténtica competencia en precios entre los notarios. Pero, por otra, no deberían ser tan grandes como para convertir de facto el arancel de bandas en un arancel de máximos.

Si la racionalidad económica de la banda alta en este tipo de arancel resulta clara –evitar la fijación de precios monopolísticos– la de la banda baja del arancel resulta más problemática. Una explicación razonable podría estar en el hecho de que esta banda desempeñaría un papel similar al que en la política de defensa de la competencia tiene la prohibición de establecer precios predatorios o vender a pérdida para expulsar del mercado a los competidores. Y, en este sentido, no sería una medida con-

traría a la competencia, sino un instrumento más de la política de defensa de la competencia para un sector de características muy específicas. El problema de este argumento deriva del hecho, ya apuntado, de que el número de agentes económicos de este específico sector no es determinado por el mercado, sino por la propia Administración pública; y la expulsión de una plaza de un determinado notario –mediante la participación en un concurso de traslado, por ejemplo– como consecuencia de una política de precios bajos aplicada por otro u otros notarios de la plaza, vendrá seguida, normalmente, por la aparición de un nuevo notario en la plaza. Es cierto que tal entrada no se hará con costes de transacción cero y que el notario que haya conseguido expulsar a otros competidores del mercado podrá disfrutar de facto de un monopolio temporal. Pero las diferencias que existen entre esta situación y la que se da tras haberse aplicado con éxito una política de precios predatorios no pueden ser obviadas.

El argumento más convincente para justificar la banda baja del arancel se encuentra, sin embargo, en el modelo de información asimétrica y de defensa de la calidad del servicio al que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Dado que el conocimiento del consumidor es muy limitado con respecto a la función desempeñada por los notarios, y dado el reducido papel que la política inspectora ha venido desempeñando en el notariado, la banda baja podría ser un instrumento adecuado para evitar el control del mercado por parte de algunos notarios mediante el ofrecimiento de servicios de baja calidad.

IV.2. El arancel en el caso de producción múltiple

Tras haber analizado las características fundamentales del arancel notarial bajo el supuesto de la producción de un solo servicio, se trata ahora de introducir en el modelo la gran diversidad de actuaciones de los notarios. El modelo se complica así sustancialmente, ya que es preciso ahora determinar una pluralidad de precios de servicios que se ofrecen a partir de unos costes fijos comunes y asignar, por tanto, un determinado porcentaje de estos costes a cada uno de los documentos notariales para establecer los precios que los notarios cobren por sus servicios en cada caso. El principio de que los aranceles de los fedatarios públicos deben reflejar los costes de su actividad se ve debilitado, en consecuencia, no sólo por el hecho de que los demandantes de determinados documentos financian a los usuarios de otros instrumentos notariales, sino también porque, aunque tales subvenciones cruzadas no existieran, la determinación de una estructura óptima de precios resultaría muy compleja.

El análisis económico dista de poder ofrecer técnicas precisas e indiscutibles en estos casos. De acuerdo con lo dicho anteriormente, sabemos que el precio no debe ser inferior al coste marginal del instrumento notarial, es decir, al incremento de costes totales que al notario le supone la redacción de ese documento. Y, en ausencia de subvenciones cruzadas, ese precio no debería ser superior al coste medio que se obtendría en el caso de que los notarios sólo ofrecieran una clase de documentos. Pero, claramente, en el caso que nos ocupa resulta difícil extraer de estos principios una regla clara para redactar un nuevo arancel notarial.

La aplicación de la técnica que más habitualmente utilizan los economistas en estos casos requiere considerar los distintos documentos redactados o autorizados por los notarios como resultado de un proceso de producción conjunta, en el cual se dan dos circunstancias simultáneamente. La primera, que la aplicación del principio de igualación del precio del producto notarial a su coste marginal no puede constituir el criterio básico de fijación del arancel por las causas anteriormente señaladas. La segunda, que, al tratar de establecer un arancel en el que el precio aplicado por el notario se iguale a su coste medio, no es posible determinar con precisión cuáles son los costes medios individualizados de cada uno de los servicios notariales. El objetivo sería así fijar un sistema de precios que permitan la igualación de los costes y los ingresos totales, reduciendo al mínimo la ineficiencia generada por el monopolio.

Analicemos el problema desde el lado de la demanda y desde el lado de la oferta. Si tomamos en consideración la reacción de los consumidores a los cambios de precios relativos que la aplicación o no de subvenciones cruzadas puede suponer, podremos determinar en qué grado dejan de demandarse determinados tipos de servicios notariales como consecuencia de esta variación de precios. Concretamente, la solución que la teoría económica considera óptima en un mercado de esta naturaleza es la consistente en fijar los precios de cada uno de los servicios ofrecidos en proporción inversa a sus respectivas elasticidades de demanda. La causa es que, en un régimen de monopolio como el que estamos analizando, uno de los costes sociales radica precisamente en el menor consumo del producto que existe en relación con el que habría en condiciones de mayor competencia. La elevación relativa de los precios de los productos con menor elasticidad de demanda será la que implique, por tanto, menor reducción de la demanda por parte de los clientes.

No existen datos sobre la elasticidad-precio de la demanda de los productos notariales y no sabemos, por tanto, en qué grado la gente estaría dispuesta a prescindir de dichos servicios en el caso de una elevación sustancial de precios. Pero cabe hacer algunas reflexiones sobre este tema. La elasticidad de la demanda de cada uno de los servicios notariales vie-

ne determinada por factores diversos. En primer lugar, el coste que la operación supone para un demandante con una determinada renta. De acuerdo con este criterio, los servicios con un coste relativamente bajo presentarán elasticidades de demanda más bajas, ya que un elevado crecimiento porcentual de los precios, en relación con el precio inicial, no afectará mucho a la demanda, dado que el crecimiento de los precios, en términos absolutos, no será grande. Por el contrario, la misma variación porcentual de los precios en el caso de un servicio notarial de coste alto, significará un alza del precio absoluto mucho mayor y hará que los demandantes se retraigan en mayor grado. De acuerdo con este criterio, el principio de fijación de aranceles óptimo exigiría recomendar una mayor elevación porcentual de los precios de los servicios más baratos; en nuestro caso, de los documentos sin cuantía.

Hay, sin embargo, un segundo factor que se debe tomar también en consideración: la posibilidad de sustituir determinados documentos públicos por otros documentos de carácter privado. En este sentido, si para el cliente limitarse a firmar un contrato privado de compraventa cuando adquiere una casa o redactar un testamento ológrafo no supone un inconveniente importante, estará dispuesto a prescindir de los servicios del notario con mayor facilidad; y su demanda de estos servicios será más elástica cuanto menos se aprecien las ventajas que le supone el documento público. Dada la reglamentación legal existente, no resulta claro que podamos encontrar elasticidades de demanda muy diferentes en los documentos notariales en función de la posibilidad de su sustitución por documentos privados.

Si esto es así, parece razonable esperar que sean los documentos sin cuantía los que presenten una elasticidad de demanda más baja; y se justifique, por tanto, una mayor elevación de los precios de estos servicios a la hora de diseñar un arancel óptimo. Existe, sin embargo, la posibilidad de que, aunque menor en el caso de los documentos sin cuantía, la elasticidad de la demanda de todos los documentos notariales tenga valores muy bajos, por lo que resulte difícil realizar recomendaciones concretas a partir de este criterio.

Desde el lado de la oferta, el problema consiste en determinar los efectos que la fijación de precios con subvenciones cruzadas para los distintos tipos de documentos puede tener en el comportamiento de los notarios. El principal efecto negativo de estas subvenciones es, sin duda, que crea incentivos para que los notarios concentren su actividad en aquellos documentos que ofrecen mayor rentabilidad. La consecuencia será que algunos notarios –especialmente aquellos cuyo volumen de facturación les permita elegir de facto– dedicarán todo su tiempo a documentos de crédito –hipotecario o personal– y evitarán ocuparse de

documentos más baratos (actas, testamentos, etc.); o procurarán restringir estos últimos a los casos de clientes habituales. Los datos que se presentan en el capítulo siguiente sobre concentración de la actividad notarial, que muestran que el grado de concentración es más elevado precisamente en documentos rentables, como hipotecas, parecen dar fuerza a esta hipótesis.

En resumen, la existencia de documentos muy baratos, compensados con otros excesivamente caros, lejos de constituir sólo una simple subvención cruzada que garantiza servicios básicos a todos los ciudadanos a bajo coste, puede tener efectos que distorsionen de forma notable el ejercicio de la profesión de notario. Convendría por ello reconsiderar la filosofía misma de un arancel basado en estos criterios.

IV.3. El actual arancel notarial

Estudiados los problemas de los diversos tipos posibles de arancel, es el momento de realizar algunas observaciones sobre el arancel actualmente vigente, establecido por el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre. Lo primero que llama la atención a quien, desde fuera del ejercicio de la profesión de notario, analiza este arancel, es su gran complejidad. Esta complejidad tiene diversas causas. En primer lugar, la existencia en él de diversos tipos de documentos en los que la función notarial es remunerada de muy distinta manera. En un caso –el de los documentos sin cuantía– el arancel establece un precio fijo, al margen de cuál sea el coste que para el notario suponga su redacción y autorización. La remuneración percibida por los notarios oscila en torno a las cinco mil pesetas por documento, lo que significa que apenas cubre los costes de prestación del servicio. En el otro –documentos de cuantía– se establecen derechos en función del valor de la operación realizada, lo que significa que algunos de estos documentos pueden llegar a suponer ingresos extraordinariamente elevados para el notario, sin que el coste de su preparación y redacción justifique tales minutas. En un intento de corregir esta situación las medidas de liberalización económica de 24 de junio de 2000 establecieron que, para documentos de cuantía de valor superior a mil millones de pesetas, en lo que se refiere a la cuantía que supere esta cifra, el notario percibirá la cantidad que libremente acuerde con las partes otorgantes. Pero la esencia del problema no ha cambiado.

En todo caso, parece claro que las disposiciones antes mencionadas del Reglamento Notarial y de la Ley de Tasas y precios públicos, que establecen como criterio para la fijación de los aranceles el coste medio de producción, sólo se cumplen en el caso de los notarios si se consideran

los costes conjuntos del ejercicio de la función notarial, ya que la actual estructura del arancel implica la existencia de importantes subvenciones de unos usuarios a otros. No tendría sentido, por tanto, la reforma de una parte del arancel sin entrar a reformar también el resto.

La complejidad del arancel se ve agravada por otras circunstancias. En primer lugar, por el cobro al cliente por copias y folios, aspecto éste que tiene hoy poco sentido, incluso si se toma en consideración el argumento de los mayores costes de almacén que suponen los documentos extensos frente a los documentos reducidos. La norma, además, puede resultar *ineficiente*, ya que crea incentivos para que los notarios redacten documentos más extensos. El gran aumento experimentado por la extensión de los documentos notariales en los últimos años, al que se hizo referencia al comienzo de este estudio, habría sido menor, probablemente, si el número de folios del documento no fuera uno de los criterios para fijar la remuneración.

Y, en segundo lugar, y aún más importante, por las numerosas reformas parciales que se han introducido en los últimos años con el objetivo, generalmente, de abaratar determinados documentos. Esto hace que la aplicación del arancel presente, a menudo, dificultades a los propios profesionales y la minuta resulte, con frecuencia, ininteligible para el cliente.

Una complicación adicional viene determinada por la forma en la que se ha producido la reciente fusión de los cuerpos de notarios y corredores de comercio. El acuerdo de fusión hace referencia a una futura Ley de Seguridad Jurídica Preventiva que deberá regular el funcionamiento del notariado; pero establece que, entretanto, seguirán aplicándose las normas actualmente vigentes reguladoras de la actividad de cada uno de los cuerpos fusionados en cuanto a la forma de documentación. Esto se ha interpretado, seguramente de manera poco feliz, como el mantenimiento de dos tipos de aranceles según el documento que el notario autorice. Así, mientras la fijación del precio de la mayoría de los documentos se regiría por las normas del arancel notarial arriba mencionadas, la remuneración por la intervención de créditos documentados en póliza seguiría la regulación del arancel del antiguo cuerpo de corredores de comercio, que se basa en unos principios muy diferentes de los que inspiran el arancel notarial.

Concretamente, la Disposición Derogatoria única del Real Decreto 125/1997, de 24 de julio, por el que se aprobó el último Reglamento sobre la actividad profesional de los corredores de comercio, determina que permanecen en vigor las normas del Decreto de 15 de diciembre de 1950 que establecen los aranceles de los corredores de comercio. No son, sin embargo, los aranceles fijados en este Decreto los que los corredores habían venido aplicando en los últimos años. De acuerdo con una circular del Consejo General de 14 de abril de 1987, los corredores utilizaban

habitualmente un arancel más bajo de carácter regresivo. Si nos fijamos, por ejemplo, en uno de los epígrafes fundamentales, el 17, que regula los aranceles a percibir en pólizas de préstamos, créditos y descuentos con vencimiento superior a seis meses, veremos cómo el Decreto de 1950 establecía el cobro del 1,50 por mil sobre el importe de la operación, a cobrar a cada parte contratante. El arancel que realmente se venía cobrando en estas operaciones era, sin embargo, el siguiente: el 1,5 por mil hasta 15 millones; el 1 por mil al exceso entre 15 y 25 millones; el 0,50 por mil al exceso entre 25 y 50 millones; y el 0,125 por mil al exceso superior a 50 millones. Como puede observarse, incluso antes de las reformas de 1997 y 1999, el descuento era sustancial para las operaciones de mayor entidad.

Como en el caso de los notarios, el reglamento de los corredores de comercio anterior a las últimas reformas establecía la obligación de los corredores de aplicar el arancel vigente; y prohibía expresamente otras bonificaciones que las acordadas por convenio general de todos los agentes mediadores, aprobado por la superioridad. Pero esta interpretación del arancel como un arancel fijo había dejado de ser sostenible, desde hacía años, aunque no se hubiera establecido expresamente que el arancel de los corredores de comercio era un arancel de máximos. Dos disposiciones legales anteriores al Real Decreto-Ley de 16 de abril de 1999 indicaban, en efecto, que el legislador consideraba ya el arancel de los corredores como un arancel de máximos, con respecto al cual cada corredor podría hacer las reducciones que considerara conveniente. Se trata, en primer lugar, de la Ley de 14 de abril de 1994, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero. Concretamente, la Disposición adicional octava de esta norma establece que se considerará falta grave o muy grave, según su trascendencia, la percepción de derechos arancelarios superiores a los establecidos. Y, en el mismo sentido, el nuevo artículo 41 del reglamento de 1997 establece que los corredores de comercio que cobren derechos arancelarios superiores a los establecidos serán sancionados. Y los artículos 163 (8) y 164 (6), al fijar las sanciones reiteran que la conducta punible es el cobro de derechos arancelarios superiores a los establecidos. Por lo tanto, aunque, en este texto legal no se permite expresamente a los corredores hacer rebajas en sus aranceles, resulta claro que no se consideraba ya una conducta sancionable realizarlas. Por fin, el Real Decreto-Ley de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, de 16 de abril de 1999, dejó claro el tema definitivamente, al optar de forma expresa por la consideración del arancel de los corredores como arancel de máximos. Y, tras la fusión de los dos cuerpos,

parece que tanto los nuevos notarios como los que ya lo eran antes están aplicando las rebajas que consideran convenientes en sus honorarios cuando el documento que intervienen es una póliza de crédito.

La coexistencia de ambos tipos de aranceles resulta, por tanto, algo extraño; y que puede acabar teniendo efectos no deseados, como la utilización abusiva de la norma decimotercera del anexo II del vigente Arancel de los Notarios, que establece que el notario podrá dispensar totalmente los derechos devengados por cualquier acto o contrato cuya documentación autorice. Una aplicación laxa de esta norma podría, en efecto, producir efectos similares al de un arancel de máximos, al menos en las operaciones que se realicen con los bancos y entidades financieras, u otras empresas con las que el notario tenga una relación frecuente, ya que los notarios podrían encubrir rebajas en sus honorarios en forma de dispensas totales de un determinado porcentaje de las escrituras que con ellos realiza una empresa o institución financiera concreta. Pero esta práctica, que hoy no parece estar muy extendida y que parece usarse más como una técnica de fidelización del cliente que como una estrategia para aumentar cuota de mercado a costa de otros notarios, podría extenderse como consecuencia de la coexistencia de los dos tipos de aranceles.

Supongamos que, en una determinada plaza, uno o varios notarios definen una estrategia de maximización de ingresos basada en obtener lo sustancial de estos ingresos de las escrituras de hipoteca o sociedades, y ofrecen a sus clientes la intervención de pólizas a precios muy bajos, inferiores incluso al coste marginal. Si todos los notarios tuvieran una cartera de clientes similar y su estructura de actividad –en términos del porcentaje que cada uno de los diversos tipos de instrumentos supone para sus ingresos– fuera similar, todo ellos podrían seguir una estrategia igual, y el resultado sería que la intervención de pólizas se realizaría a precios muy bajos; pero ningún notario se vería especialmente perjudicado ni tendría incentivos para ofrecer rebajas a partir de una utilización abusiva de la norma decimotercera del anexo II, antes citada. Tal estrategia sólo tendría lugar si los notarios no tuvieran esa estructura homogénea de ingresos. Pensemos, simplemente, en cuál sería la estrategia racional de un notario que obtuviera la mayor parte de sus ingresos de la intervención de pólizas y viera que pierde rápidamente cuota de mercado como efecto de la estrategia de algunos de sus colegas, consistente en autorizar pólizas a precios muy bajos. Lo más interesante para él sería, seguramente, ofrecer un porcentaje elevado de dispensas totales en la redacción de escrituras y tratar de recuperar de esta forma su anterior cuota de mercado. Es decir, la propia estructura que tiene hoy el arancel crearía incentivos para conductas de dudosa legalidad, pero perfectamente racionales desde el punto de vista económico.

Este es sólo un ejemplo de las distorsiones que el doble criterio del arancel en documentos similares –documentos de cuantía, en nuestro ejemplo– puede producir. Pero la situación, en términos generales, resulta difícilmente sostenible. Parece, por tanto, inevitable que, a medio plazo, el regulador se vea obligado a escoger un modelo concreto de arancel para aplicarlo a todos los documentos notariales, si se quiere introducir una mayor racionalidad en el ejercicio de la función notarial.

IV.4. Sugerencias para una reforma del arancel notarial

Desde hace algún tiempo han surgido diversas propuestas dirigidas a una reforma de la organización del notariado, en las que una modificación del arancel constituye un elemento de singular importancia. A la hora de diseñar esta reforma del arancel conviene tener en cuenta varias cuestiones:

1. La reforma del arancel debería tener como objetivo una mejor organización de la función notarial que mejore la relación precio/calidad para los usuarios de los servicios ofrecidos.

2. No tendría mucho sentido incluir una reforma de los aranceles notariales en el marco de una política dirigida a reducir la tasa de inflación. La mejora de la relación calidad/precio antes mencionada debe tener como principal objetivo reducir los costes de las empresas y demás agentes económicos y elevar su competitividad y no influir sobre el nivel general de precios de la economía.

3. En esta reforma de la fe pública, el precio del servicio es un elemento de importancia indudable; pero no es el único, ni puede considerarse en forma aislada de otros aspectos de una actividad con peculiaridades tan acusadas como la fe pública notarial.

En función de las ideas presentadas en este capítulo cabe hacer las siguientes recomendaciones concretas:

1. Resulta necesaria y urgente la simplificación del arancel notarial, que permita a los usuarios saber con anticipación cuál va a ser para ellos el coste de la intervención del notario. Habría que plantearse la desaparición de la facturación en función de los folios del documento. El mantenimiento simultáneo del arancel de máximos para las pólizas y el fijo para los documentos notariales tradicionales no tiene sentido alguno.

2. No parece, sin embargo, que estos dos tipos de aranceles, fijos y de máximos, sean las únicas opciones posibles. Un arancel de bandas que permita una cierta competencia en precios y evite, al mismo tiempo, estrategias de precios predatorios podría ser una solución interesante. El

arancel podría ser de máximos en el caso especial de documentos de elevada cuantía en los que –dada la previsible naturaleza de quienes son partes en el contrato– el problema de la información asimétrica se reduce sustancialmente.

3. Habría que reconsiderar las subvenciones cruzadas entre documentos, ya que aquéllas pueden tener efectos no buscados que dañen el ejercicio de la profesión de notario. En concreto, sería necesario elevar sustancialmente el arancel que se aplica a los documentos sin cuantía, y compensar estas subidas con reducciones de las minutas cobradas en los documentos de cuantía.

4. Convendría considerar la posibilidad de que los notarios cobren, de forma separada, por el asesoramiento que prestan a sus clientes. La tarifa podría así tener dos partes: una básica, en la que el notario se limitara a dar fe y a comprobar que el documento cumple todos los requisitos legales; y otra complementaria a aplicar sólo en los casos en los que el notario realmente aconsejara al cliente la que considera fórmula más adecuada para el negocio jurídico a formalizar.

5. En el caso de algunos documentos sin cuantía –testamentos, por ejemplo– podría considerarse también la posibilidad de fijar precios diferentes en función de la dificultad del documento a redactar.

CAPÍTULO V

NOTARIOS Y COMPETENCIA

Una de las cuestiones fundamentales a decidir en la futura reorganización del notariado español es el grado de competencia que el legislador introducirá en su regulación del ejercicio de esta profesión. El problema básico consiste aquí, como tantas veces se ha señalado, en hacer compatibles el doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales que tienen los notarios. En lo que a su estricto carácter de funcionarios públicos respecta, las normas del derecho de la competencia tienen muy poco que decir. El tema relevante es, en cambio, la regulación de la actividad del notario en cuanto profesional. Por ello, se ha considerado necesario empezar este capítulo del dictamen con algunas reflexiones sobre la regulación de las profesiones liberales en nuestro país y su evolución reciente. Algunos notarios verán, seguramente, esta regulación como algo

totalmente ajeno a su actividad y a su estatus, y podrán argumentar, con toda razón, que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia excluyó específicamente a los notarios de su informe sobre las profesiones colegiadas en España. Pero no puede olvidarse que es en este aspecto de profesional en el que surgen los problemas y las dudas a la hora de regular la actividad notarial. Y esta referencia a la competencia en el ejercicio profesional tiene, además, otro aspecto que puede resultarnos útil. La regulación de las profesiones colegiadas en nuestro país se basa en el criterio de un sometimiento parcial del ejercicio profesional a las normas de defensa de la competencia. Es cierto que la aplicación de estas normas a las profesiones colegiadas tiene una relevancia cada vez mayor. Pero aún hay disposiciones específicas en la Ley de Colegios Profesionales, tras su última reforma de 1997, en las que se aceptan restricciones a la competencia –en cuestión de colegiación obligatoria y prohibición de creación de nuevos colegios profesionales, por ejemplo– que serían perseguidas en otros sectores. Es preciso, por tanto, tener presentes estas limitaciones, ya que la regulación de los profesionales funcionarios debería, lógicamente, tener siempre un grado de sujeción a las normas de la competencia inferior al de los profesionales liberales. Y no tendría, por ello, sentido sugerir para los notarios reformas hacia una mayor competencia que fueran más allá de las vigentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas no funcionariales.

V.1. La defensa de la competencia y el ejercicio profesional

Las restricciones al libre ejercicio de la actividad en las profesiones colegiadas se han convertido, en los últimos años, en una de las cuestiones más debatidas de la política de defensa de la competencia. Y España no ha sido una excepción a esta regla. El año 1992 el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió un amplio informe en el que se sugería la introducción de cambios sustanciales en la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974 (*Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*. Madrid, 1992). Y algunos de estos cambios –no todos, ciertamente– fueron llevados a cabo por la Ley de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales de 14 de abril de 1997. Por otra parte, muy poco tiempo antes de la promulgación de esta Ley, la OCDE dio a conocer su anteproyecto de reformas en la regulación de determinados servicios profesionales –concretamente abogados, contables, ingenieros y arquitectos– en el que, tras constatar las dificultades que en muchos países encuentra la aplicación de una política realmente liberalizadora en lo que al ejercicio de estas profesiones respecta, se sugería la

puesta en marcha de una serie de medidas destinadas a incrementar la competencia en este sector (*Regulatory Reform Project. Draft Chapter on Professional Business Services*. 1997). Al margen de determinadas políticas concretas, como las referidas a evitar que los colegios establezcan tarifas a aplicar de forma obligatoria por sus miembros o a que prohíban o limiten sustancialmente la publicidad, el documento de la OCDE sugería dos estrategias que deberían ser analizadas en mayor detalle en España. La primera, que exista suficiente flexibilidad en la regulación de las prácticas profesionales como para permitir que profesionales de nivel inferior –es decir, lo que a menudo se conoce como “paraprofesionales”– realicen determinadas actividades que, por su sencillez o carácter rutinario, no exigen realmente la presencia de un profesional altamente cualificado y puedan ser así ofrecidas a los clientes a costes más bajos. La segunda, la conveniencia de extender en mayor grado la aplicación de las leyes de defensa de la competencia al ejercicio profesional. Es importante señalar que ambas recomendaciones pueden tener un cierto grado de aplicación al ejercicio de la función notarial. La primera, en lo que se refiere a actividades muy simples –como el reconocimiento de firmas–, que no exigen una mayor cualificación jurídica en las personas que las realizan. Y la segunda, en las cuestiones que se tratarán más adelante referidas a la organización y la práctica profesional del notariado.

En los países europeos, la organización del ejercicio de profesiones como las de abogado, médico, etc., es antigua; y, en muchos aspectos, muestra aún rasgos del viejo corporativismo gremial. Para gran parte de estos profesionales, la libre competencia en el ejercicio de su actividad no es un objetivo deseable. La mayoría de los argumentos en contra de la competencia en el ejercicio profesional tienen, sin embargo, muy poca solidez y simplemente reflejan viejos prejuicios o la defensa de rentas de monopolio por parte de los profesionales afectados. Es éste el caso de todos los argumentos basados, por ejemplo, en la necesidad de reducir la competencia debido a la elevada función social que los miembros de una determinada profesión desempeñan; o a la conveniencia de mantener la “dignidad” de determinadas profesiones que, en opinión de algunos, podría verse afectada negativamente por una mayor competencia en la captación de clientes. Pero existen, sin embargo, argumentos de peso que permiten justificar, en términos de eficiencia, determinadas regulaciones en el ejercicio profesional. Cuestión distinta, como más adelante veremos, es el grado en el que tal argumento presta validez a la reglamentación realmente existente en nuestros días.

Existe, ciertamente, un argumento sólido que puede utilizarse en favor de la regulación de la actividad de los profesionales colegiados: el basado en la asimetría de información entre los oferentes del servicio –los

profesionales— y los demandantes —sus clientes—, al que ya se hizo referencia en el capítulo anterior. El argumento es importante, porque se trata de un argumento de eficiencia y las medidas concretas de política de competencia a aplicar en cada caso deben basarse fundamentalmente en criterios de eficiencia. La pregunta práctica a plantear tras la identificación del problema es, por tanto, la siguiente: ¿cuál debe ser la actitud del Estado cuando se encuentra ante la disyuntiva de regular o no un mercado de estas características?

Hay un consenso bastante generalizado entre los economistas con respecto a la conveniencia de una concreta restricción a la libre entrada para garantizar una mínima calidad en el ejercicio de determinadas profesiones: la reserva de actividad a aquellas personas que han demostrado tener una cualificación técnica adecuada. La exigencia de un título académico, o la superación de unos exámenes u oposiciones para ejercer determinadas profesiones —aunque constituye una indudable barrera de entrada a un mercado concreto— puede ser la base de un sistema eficiente para garantizar un mínimo de calidad en el servicio prestado.

Pero, con respecto a la conveniencia de estas barreras de entrada, conviene hacer algunas matizaciones importantes. La primera es que resulta discutible su necesidad en todo tipo de profesiones. El asesoramiento económico a las empresas, por ejemplo, es realizado a menudo por profesionales que no tienen el título de economistas (ingenieros o licenciados en derecho, por ejemplo), sin que esto suponga problema alguno para los demandantes de tales servicios. El grado de asimetría en la información es, en este caso, mucho más reducido que el que existe en otras relaciones entre profesionales y clientes, por lo que la necesidad de regulación es, sin duda, menor. Este argumento de la conveniencia de una regulación diferente para clientes diferentes, en el sentido de una regulación más estricta cuando el cliente es un consumidor individual y más abierta cuando el cliente es una empresa ha sido, por cierto, apuntada recientemente en el antes mencionado documento de la OCDE. El argumento se basa en que una reglamentación que se presenta como defensora de los intereses de los consumidores no tendría por qué aplicarse de la misma forma a consumidores con características muy distintas. Se señala, concretamente, que las empresas, cuando son demandantes de un determinado servicio profesional tienen mayor capacidad que un particular para enjuiciar la competencia de los oferentes. La conclusión de esto sería que la asimetría de información desempeña un papel mucho menor en las relaciones entre profesionales y empresas que en la relación entre profesionales y particulares; lo que, a su vez, justificaría un grado de regulación mayor en el segundo caso que en el primero.

Tal tratamiento diferenciado es, por cierto, perfectamente aplicable

al ejercicio de la profesión notarial. Y existe ya en su regulación algún ejemplo interesante de aplicación práctica de este principio, como la disposición que estableció el último reglamento del cuerpo de corredores de comercio, en cuyo artículo 33 se determinaba que la presencia del fedatario sería necesaria en la suscripción de los contratos intervenidos. Pero se establecía la salvedad de que esta presencia no sería necesaria en los que realicen los representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades.

En segundo lugar, esta reserva de actividad no implica necesariamente la fijación de tarifas fijas, establecidas por la Administración o un colegio profesional. La idea de que una reducción de las tarifas profesionales conduciría a servicios de calidad deficiente no se deriva necesariamente del modelo de información asimétrica antes presentado. Por el contrario, una vez garantizado un nivel mínimo de calidad por la reserva de actividad, sería razonable fomentar la competencia entre los profesionales. Si algo demuestra el funcionamiento del mercado en multitud de sectores es que el control de precios no es siempre garantía de una mejor calidad del producto; y aquél sirve más para la obtención de rentas por parte de los profesionales implicados que para elevar la calidad de lo que ofrecen al consumidor.

Un comentario especial merece el papel de los colegios profesionales en la política de defensa de la competencia. En principio, la reserva de actividad no implica ni la colegiación obligatoria ni la existencia de un único colegio por actividad profesional. Conviene recordar a este respecto que el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1992 no recomendaba al gobierno cambios en la actual obligación de la colegiación para el ejercicio de la actividad ni la derogación del artículo de la Ley de Colegios Profesionales que establece que, dentro del ámbito territorial que venga señalado a cada colegio, no podrá constituirse otro de la misma profesión (art. 4-3). Su argumento era que, si se adoptaban las recomendaciones del propio Tribunal con respecto a la eliminación de las prácticas más abiertamente anticompetitivas de los colegios profesionales –fijación de tarifas, controles mediante visados, restricciones territoriales, prohibición de publicidad, etc.– este tipo de barreras de entrada no tendría que ser especialmente contrario al interés público. No cabe duda de que se trataba de una propuesta posibilista, más fácilmente aceptable por los grupos profesionales implicados que una reforma más radical. Pero parece que el Tribunal minusvaloró los posibles efectos perniciosos de la colegiación obligatoria y la prohibición de crear colegios alternativos en, al menos, dos sentidos.

El primero es el papel que los colegios pueden desempeñar como grupos de presión y buscadores de rentas, que se ve favorecido por la exis-

tencia de colegios únicos y de afiliación obligatoria. El segundo efecto pernicioso de la actual regulación es que hoy los colegios no cumplen uno de los objetivos que las normas de regulación profesional deberían perseguir: la transmisión de información al mercado para reducir la asimetría que justifica la regulación misma. Si fuera posible crear colegios privados que establecieran las restricciones a la entrada que consideraran convenientes sus creadores (por ejemplo, un título complementario o un mínimo de años de experiencia profesional) se estaría transmitiendo al mercado la señal de una marca de calidad. El usuario sabría que cuantos pertenecen a ese concreto colegio tienen un nivel técnico y una experiencia garantizada. Y el propio colegio debería ser el primer interesado en velar por que sus miembros cumplan los requisitos fijados, ya que el mero incumplimiento por parte de uno solo de los colegiados repercutiría negativamente en sus restantes compañeros a la hora de ofrecer sus servicios en el mercado. En otras palabras, la reputación de la institución beneficia a todos sus miembros frente a los profesionales que no forman parte del colegio; y beneficia también a los usuarios que pueden elegir mejor a la hora de contratar los servicios de un profesional. Pero un colegio único, al que por norma pertenecen cuantos practican una determinada profesión, nunca podrá crear una imagen diferencial de eficiencia o probidad de sus miembros cara a la opinión pública.

En el mismo sentido, tampoco facilitan la transmisión de información a los usuarios las restricciones a la creación de sociedades de profesionales y a la publicidad en lo que se refiere tanto a características específicas de los servicios ofrecidos como a sus precios. En el primer caso porque dificultan la oferta de servicios estandarizados fácilmente reconocibles por el cliente. Y, en el segundo, porque ponen trabas a las ofertas más innovadoras o más económicas para los usuarios. Este último punto, al que no se suele prestar la atención que merece, resulta, sin embargo, especialmente perjudicial para los clientes, ya que existe abundante evidencia empírica en diversos países que demuestra que la publicidad suele tener como efecto una reducción de precios sin merma de la calidad de los servicios ofrecidos. Y facilita, además, la entrada en el mercado de los profesionales más jóvenes que pueden darse a conocer mejor a sus potenciales clientes.

V.2. La aplicación de normas de defensa de la competencia a los profesionales funcionarios

¿En qué grado son estas reflexiones aplicables al notariado? Como ya se señaló anteriormente, la actividad como profesionales independientes

es sólo uno de los aspectos del notariado. Por tanto, el análisis de la competencia en el ejercicio de profesiones funcionariales colegiadas, como es el caso de los notarios, tiene especial dificultad porque la posición monopolista o cuasimonopolista que estos profesionales ocupan no se debe al control de una cuota de mercado mediante estrategias empresariales, sino, básicamente, a la concesión de esta situación especial por parte de la propia Administración Pública, que es la que fija el número de agentes que intervienen en cada uno de los submercados de servicios notariales, así como las condiciones fundamentales de ejercicio de la profesión. Todo intento de establecer un mayor grado de competencia en la actividad de estos profesionales viene, por tanto, condicionado por esta restricción básica. De lo que se trata es de introducir mayores grados de competencia, pero siempre bajo un doble condicionamiento. El primero es la restricción institucional antes apuntada. El segundo, que, a cambio de las ventajas que la propia Administración ofrece a estos profesionales, les exige la realización de determinadas actividades en cuanto funcionarios que prestan servicios de interés general que, en muchos casos, no responden –ni pueden responder– a criterios estrictos de mercado; por ejemplo, la existencia de tarifas con subvenciones cruzadas, el no cobro de determinadas actuaciones en materia electoral, etc. Toda política a favor de la competencia debe tener en cuenta, por tanto, esta última característica de la organización de estas profesiones y valorar los costes que la aplicación de sus normas podría tener sobre estas actividades que no son estrictamente de mercado.

Esta aplicación “limitada” de los principios de competencia no es algo único en nuestro actual ordenamiento legal. Ya se ha señalado que la Ley de 14 de abril de 1997 de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales establece la sujeción a la Ley de Defensa de la Competencia del ejercicio de actividades profesionales en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración; pero los demás aspectos del ejercicio profesional continúan rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable. Y si esto es así en el ejercicio de profesiones en las que no existe un número predeterminado de agentes económicos y la única barrera de entrada suele ser la obtención de un título universitario, con mucha más razón ha de serlo en profesiones en las que, como antes se apuntó, su organización misma se basa en la concesión por parte del Estado de una posición monopolística o cuasimonopolística.

Los argumentos que se han utilizado en España para introducir mayor competencia en el notariado son muy diversos, algunos de poco contenido y otros, en cambio, bastante sólidos. Entre los primeros está la preocupación del gobierno por reducir la tasa de inflación –o, con mayor

precisión, habría que decir el índice de precios en España, ya que la tasa de inflación del euro depende de la política monetaria del Banco Central Europeo, y no del gobierno español—. El argumento tiene poca solidez porque el problema con el que nos encontramos aquí es un problema de precios relativos, y no de precios absolutos. Es decir, lo relevante es comprobar en qué grado las empresas tienen que pagar una carga extraordinaria con motivo de la falta de competencia en el mercado de servicios notariales.

Y esta idea nos lleva al argumento de mayor peso a favor del establecimiento de más competencia entre los notarios: la necesidad de incrementar la eficiencia en el funcionamiento de las empresas, reduciendo sus costes de transacción, medidos no sólo en términos estrictamente monetarios, sino también en términos de costes de oportunidad. Se ha afirmado repetidas veces, y con razón, que una de las principales ventajas de un sistema de fe pública es ofrecer mayores garantías a la contratación y reducir los costes de transacción de los agentes económicos. Se trataría entonces de ver cuáles son las restricciones a la competencia necesarias para que el sistema funcione correctamente y en qué aspectos se debería incrementar el grado de competencia para reducir la ratio coste/beneficio de quienes utilizan los servicios de los notarios.

Entre los argumentos contrarios a establecer un mayor grado de competencia de la función notarial podemos distinguir también entre razonamientos sólidos y razonamientos de poca consistencia. Entre estos últimos llama la atención uno que, hasta fechas recientes, ha gozado de gran predicamento entre los notarios y todavía puede escucharse de vez en cuando: la idea de que competir en el mercado atenta contra la dignidad del notario. Como ejemplo radical de esta actitud baste citar los textos recogidos por el profesor PEDRO FRAILE en su obra *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)* (Madrid, 1998), sacados de números de principio de siglo de revistas como *La Gaceta del Notariado* o *Nuestra Revista. Órgano de la Unión Notarial*, en los que se habla sin ambages de “el espantoso azote de la competencia” o de “la competencia mercantil que nos degrada” (P. FRAILE, p. 87). Esta actitud no es exclusiva, desde luego, del notariado, ya que se ha utilizado frecuentemente por numerosos sectores opuestos a una regulación más abierta, y refleja, más que la actitud de un grupo profesional concreto, la tradición contraria a la competencia que ha dominado en nuestro país durante largo tiempo.

Otro argumento de poca solidez es el que se basa en la idea de que la regulación estricta de la profesión y sus precios constituye un incentivo para que los notarios presten especial atención a los aspectos de su profesión que suponen un menor beneficio particular para ellos y, en cambio, un mayor beneficio social. Conversaciones con algunos notarios

nos han mostrado que muchos de estos profesionales muestran su predisposición a ocuparse de los instrumentos no rentables no sólo por el hecho de que la ley les obligue a ello, sino también como una parte poco remunerativa de su actividad, que se vería compensada con los ingresos mucho más sustanciosos obtenidos con los documentos de cuantía. Si el arancel de los documentos de cuantía se liberaliza –argumentan– y su precio cae a niveles cercanos al coste medio de producción, esta compensación desaparecería y, por lo tanto, los notarios se desmotivarían aún más para ocuparse de los instrumentos menos rentables. Ya se ha expresado, sin embargo, en el capítulo anterior que esta actitud tiene más que ver con la función de utilidad del notario que con la regulación de la profesión; y no hay motivos para suponer que aquélla vaya a cambiar sustancialmente si se introduce más competencia en el ejercicio de la profesión.

Pero, junto a estas ideas de escaso valor técnico existen dos argumentos sólidos que pueden utilizarse a favor del mantenimiento de un grado de regulación elevado en el mercado de servicios notariales. El primero es el tantas veces mencionado argumento de la información asimétrica, que fue desarrollado en el capítulo anterior. Existe, sin embargo, otro argumento mucho menos utilizado, que plantea también dudas sobre la conveniencia de una liberalización radical de la profesión, sobre todo en lo que se refiere al incremento de la competencia en precios. Se trata de un resultado ya bien conocido en economía, de acuerdo con el cual puede existir una incompatibilidad entre una fuerte competencia en precios y la existencia de un mercado en el que exista un número elevado de oferentes de servicios, como sucede en el mercado de servicios notariales. El siguiente apartado analiza con mayor detalle esta idea y presenta, además, evidencia empírica sobre el grado de concentración de la actividad en este mercado.

V.3. Problemas que plantea la introducción de un mayor grado de competencia en los servicios notariales (I): competencia en precios y concentración de actividad

Algunas investigaciones recientes en el campo de la organización industrial han llamado la atención sobre un efecto no buscado de la competencia en precios, al que hasta ahora se había prestado poca atención. Se trata de que, dadas unas determinadas condiciones –referidas a la existencia de costes no recuperables en caso de salida del mercado (sunk costs)– un aumento de la competencia en precios entre los suministradores de un bien o servicio incrementa el grado de concentración en el sector. El razonamiento en el que se basa esta conclusión es el siguiente. Un

crecimiento de la competencia en precios tiende a reducir los beneficios de cada uno de los oferentes que actúan en el mercado. Si las empresas han incurrido en costes no recuperables para entrar en el mercado, la caída de los beneficios les impedirá recuperar tales costes, y algunas desaparecerán. A medio y largo plazo la supervivencia en el mercado exigirá a las empresas que queden a elevar sus márgenes de explotación. Y, como esto no pueden hacerlo mediante precios más elevados, será necesario hacerlo mediante una modificación de su estructura productiva. Esta modificación podrá realizarse mediante fusiones o adquisiciones de otras empresas. Si tales fórmulas no pueden aplicarse, la estrategia será aumentar la dimensión de la empresa.

En el caso que aquí nos ocupa, los notarios podrían seguir estrategias semejantes. Por una parte, pueden asociarse con otros notarios para conseguir despachos de mayor dimensión. Por otra, pueden intentar aumentar el tamaño de su notaría, al menos en el caso de aquellos notarios que tienen una cuota de mercado potencial más elevada que la real, como sucede en todos los distritos en los que actúan varios notarios, que, como hemos visto, tienen, con frecuencia, problemas de exceso de capacidad. Nótese que tal aumento de la dimensión de algunas notarías no tiene por qué ser ineficiente, en principio, en cuanto a la prestación de servicios de calidad y a los precios a los que éstos se ofrecen. Pero problema distinto es que, si deseamos un mercado en el que actúen muchos operadores simultáneamente, exista una incompatibilidad entre este objetivo y una competencia en precios más fuerte.

En el análisis de cualquier sector, el nivel de concentración es un dato importante para valorar el grado de competencia que en él existe. Este nivel de concentración suele medirse en términos de la cuota de mercado que controlan las empresas más importantes del sector. Resulta difícil determinar cuál es el número de grandes empresas que deben tomarse en consideración a la hora de construir un índice de concentración. En algunos casos serán las cuatro o cinco más importantes. En otras, en cambio será un número más elevado. En el caso de los servicios notariales, y dada la regulación que impide a los notarios ejercer su profesión fuera de su jurisdicción, parece razonable considerar que cada una de estas jurisdicciones constituye un mercado diferente; y es, por tanto, en cada una de ellas donde hay que medir el grado de concentración del sector. La teoría a aplicar exige, por tanto, una adaptación importante al mercado de servicios notariales que estamos estudiando.

El índice que se ha construido para este específico mercado sustituye la idea de medir el grado de concentración en términos de la cuota de mercado de un número dado de empresas importantes por la cuota de mercado de un porcentaje determinado (diez por ciento) de los notarios

con mayor volumen de actividad, medida ésta tanto por el número de documentos intervenidos como por el número de folios autorizados. Este índice sólo tiene sentido, sin embargo, en aquellas plazas en las que el número de notarios es elevado. Por ello se ha calculado para las cinco plazas más importantes: Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao y Sevilla.

Para cada una de ellas se han calculado, en una primera etapa, dos índices: IC_1 e IC_2 , que se definen de la manera siguiente:

$$IC_1 = \frac{\text{Número de instrumentos } N_{10}}{\text{Número de instrumentos } T} \times 100$$

$$IC_2 = \frac{\text{Número de folios } N_{10}}{\text{Número de folios } T} \times 100$$

Donde N_{10} representa la producción (medida en términos de instrumentos o de folios) del diez por ciento de los notarios con mayor actividad en la plaza y T representa al total de los notarios que ejercen en dicha plaza. Concretamente N_{10} representa 24 notarios en Madrid (donde la circunscripción analizada comprende toda la provincia), 10 en Barcelona, 4 en Valencia y 3 en Bilbao y Sevilla.

El cuadro V-1 presenta los índices de concentración de la actividad notarial, calculados en la forma arriba indicada, para el año 1998. Lo primero que llama la atención son las cifras relativamente bajas que se han obtenido, lo que indica que el grado de concentración en el mercado de servicios notariales es bastante reducido. En efecto, en promedio, el número de documentos intervenidos por el 10 por ciento de los notarios de mayor actividad no llega al 20 por ciento de la actividad total de cada mercado. Esto supone que, a pesar de la idea que a veces se expresa, de que el mercado va siendo dominado por un pequeño grupo de grandes notarías, aún estamos lejos de esa situación.

Otro dato interesante que se obtiene de este cuadro es que el índice IC_2 presenta, sistemáticamente valores más elevados que el índice IC_1 . Esta diferencia tiene relevancia porque indica que las notarías más importantes no sólo intervienen en un mayor número de documentos, sino también que los ingresos por documento son más elevados. La razón es no sólo que una parte del precio cargado por los notarios depende del número de folios del documento, sino también –y sobre todo– de que los documentos de cuantía, que son los que suponen ingresos más elevados, suelen ser más extensos que los documentos sin cuantía.

CUADRO V-1

Índices de concentración de la actividad notarial (1998)

	IC ₁	IC ₂
Madrid*.....	17,62	19,55
Barcelona.....	17,92	19,17
Valencia.....	17,25	19,55
Bilbao**.....	20,46	22,83
Sevilla***.....	19,62	26,53

* En el caso de Madrid los índices se refieren a toda la provincia.

** En el caso de Bilbao N₁₀ representa el 11,11% de los notarios que ejercen en el distrito.

*** En el caso de Sevilla N₁₀ representa el 11,50% de los notarios que ejercen en el distrito.

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Consejo General del Notariado.

Estas diferencias entre los notarios de mayor actividad y la media de la plaza se ven con mayor claridad en los cuadros V-2 y V-3. El cuadro V-2 compara el número de instrumentos redactados y de folios utilizados por los notarios en cada una de las plazas estudiadas. En lo que a instrumentos se refiere, las diferencias entre los notarios de mayor actividad y la media oscilan entre el 84% de Bilbao y el 70% de Sevilla, con cifras del 72% para Valencia, el 73% para Madrid y el 83% para Barcelona. Con respecto a los folios utilizados, las cifras son mayores, de acuerdo con lo indicado por el índice IC₂; y oscilan entre el 129% de Sevilla y el 93% de Madrid, con cifras del 95% para Barcelona y Valencia y del 105% para Bilbao.

CUADRO V-2

Producción media de instrumentos y folios (1998)

		Instrumentos	Folios
Madrid*	N ₁₀	6.561	60.485
	T	3.770	31.322
Barcelona	N ₁₀	7.237	67.517
	T	3.958	34.534
Valencia.....	N ₁₀	6.872	73.280
	T	3.983	37.484
Bilbao**	N ₁₀	6.075	51.427
	T	3.299	25.031
Sevilla***.....	N ₁₀	6.892	76.321
	T	4.053	33.189

* En el caso de Madrid los índices se refieren a toda la provincia.

** En el caso de Bilbao N₁₀ representa el 11,11% de los notarios que ejercen en el distrito.

*** En el caso de Sevilla N₁₀ representa el 11,50% de los notarios que ejercen en el distrito.

El cuadro V-3 detalla la extensión media de los documentos en los dos grupos, los notarios de mayor actividad y la media de la plaza. De nuevo, en todas las plazas, el grupo N_{10} utiliza un número mayor de folios por documento que la media. Las cifras, en este caso, presentan una diferencia llamativa en el caso de Sevilla, donde la diferencia entre los dos grupos asciende al 35%, lo que supone una clara desviación del resto de las plazas. En éstas, la diferencia mínima es la de Barcelona, con sólo un 7%; y la mayor es la de Valencia, con el 13%. Las cifras para Madrid y Bilbao son, en los dos casos, del 11%. Aunque estos datos son significativos, las cifras no son demasiado altas (con la ya mencionada excepción de Sevilla).

CUADRO V-3

Número de folios por documento (1998)

	N_{10}	T
Madrid*	9,22	8,31
Barcelona.....	9,33	8,72
Valencia	10,66	9,41
Bilbao**	8,46	7,58
Sevilla***	11,10	8,20

* En el caso de Madrid los índices se refieren a toda la provincia.

** En el caso de Bilbao N_{10} representa el 11,11% de los notarios que ejercen en el distrito.

*** En el caso de Sevilla N_{10} representa el 11,50% de los notarios que ejercen en el distrito.

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Consejo General del Notariado.

Por fin, para contrastar la hipótesis de que las notarías de mayor actividad intervienen un mayor porcentaje de documentos de cuantía de alta rentabilidad, se ha elaborado un nuevo índice, denominado IC_H , que se ha construido de la misma forma que IC_1 , con la única diferencia de no incluir la totalidad de los documentos, sino sólo los préstamos y reconocimientos de deuda, rúbrica que, en el caso de los notarios, hasta su fusión con los corredores, se ha venido refiriendo básicamente a préstamos hipotecarios. IC_H se determina, por tanto, como:

$$IC_H = \frac{\text{N.º de instrumentos de préstamo y rec. de deuda } N_{10}}{\text{N.º de instrumentos de préstamo y rec. de deuda T}} \times 100$$

Los resultados obtenidos se presentan en el cuadro V-4.

CUADRO V-4

Índices de concentración de hipotecas, IC_H (1998)

	IC_H
Madrid*	25,80
Barcelona.....	27,14
Valencia	20,36
Bilbao**	26,97
Sevilla***	24,17

* En el caso de Madrid el índice se refiere a toda la provincia.

** En el caso de Bilbao el grupo de notarios que interviene en un mayor número de hipotecas representa el 11,11% de los notarios que ejercen en el distrito.

*** En el caso de Sevilla el grupo de notarios que interviene en un mayor número de hipotecas representa el 11,50% de los notarios que ejercen en el distrito.

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Consejo General del Notariado.

La comparación de estas cifras con las referidas al índice IC_1 presentadas en el cuadro V-1 son significativas, ya que confirman la hipótesis de que las notarías más importantes concentran su actividad, en mayor grado, en los documentos más rentables y dejan para los demás un porcentaje mayor de los documentos sin cuantía. El hecho de que los notarios con mayor poder económico puedan *—de facto*, aunque no *de iure*— elegir entre los posibles clientes y dar prioridad a los documentos más rentables refuerza el argumento de la conveniencia de reequilibrar el arancel de los diversos tipos de documentos y reducir las subvenciones cruzadas. Los datos muestran, en efecto, una tendencia clara de que muchos notarios que tienen capacidad para ello evitan los documentos más baratos, pues no es creíble que esta distribución de los diversos tipos de documentos entre los diferentes notarios sea aleatoria.

Aunque estos datos permiten obtener conclusiones interesantes de muy diverso sentido, lo más relevante a los efectos de un análisis de competencia es el hecho de que los índices de concentración de la actividad notarial son hoy reducidos. Es conveniente analizar, por tanto, lo que sucedería en el caso de introducir reformas en la organización o en el arancel de los notarios.

Parece claro que uno de los efectos más probables de una liberalización de los aranceles sería una competencia en precios. Ahora bien, de acuerdo con la teoría esbozada más arriba, hay que esperar que la liberalización en precios tenga como consecuencia una mayor concentración de la actividad en el sector. En principio, es difícil formular hipótesis claras sobre los efectos que en la eficiencia y el bienestar social tendría un grado mayor o menor de concentración en este específico sector. Puede

alegarse, ciertamente, que si los notarios ofrecen sus servicios a costes más bajos y atienden adecuadamente a su clientela –a lo que la competencia les obligaría ciertamente, si quieren ampliar su cuota de mercado– mejora la situación de los consumidores y no hay por qué preocuparse demasiado con respecto a cuál sea el grado de concentración de la actividad. Pero cabe también argumentar, en sentido contrario, que la existencia de un número elevado de agentes económicos puede ser un valor positivo en sí mismo. De hecho, una de las tradiciones doctrinales de la jurisprudencia norteamericana en materia de política de defensa de la competencia se basa precisamente en esta idea. No bastaría, de acuerdo con este enfoque, con conseguir resultados eficientes en el mercado, lo que implicaría precios más reducidos sin pérdida de calidad. Otro aspecto importante sería también que ningún agente económico ocupe una posición dominante y la competencia se base en un número elevado de agentes que compitan entre sí.

Este planteamiento es especialmente relevante en el caso de los notarios, ya que, junto a la eficiencia de los servicios ofrecidos, con su regulación se pretende que exista en el mercado un número elevado de agentes económicos, algunos de los cuales tendrán seguramente exceso de capacidad y curvas de costes marginales decrecientes, de acuerdo con lo apuntado en el capítulo anterior. Las predicciones que podemos realizar a partir de la teoría de la organización industrial sugieren, en resumen, que, con mayor competencia en precios, algunas de las pequeñas notarías tenderán a desaparecer, mientras algunas de las más grandes incrementarán su cuota de mercado. Desde el punto de vista de la eficiencia de la organización del mercado, esto puede no ser negativo, como antes se indicó, ya que mejorará la dimensión óptima de las empresas, lo que permitirá ofrecer servicios de calidad a mejor precio. Pero poca duda cabe de que la estructura actual de la profesión basada en la existencia de numerosos operadores e índices bajos de concentración sería muy difícil de mantener.

V.4. Problemas que plantea la introducción de un mayor grado de competencia en el mercado de servicios notariales (II): competencia y organización profesional

Procede ahora analizar algunos aspectos concretos del mercado de servicios notariales en relación con la política de defensa de la competencia. Para ello, se hará referencia a los que se consideran los problemas más relevantes a la hora de rediseñar la política de competencia en este sector, con excepción de los problemas de competencia en precios, ya analizados.

A) Número de agentes que intervienen en el mercado.

Un primer tema a tomar en consideración a la hora de determinar el grado de competencia en un mercado es, como se ha señalado en el apartado anterior, el número de agentes que en él intervienen. El cuerpo de notarios está integrado hoy por unos tres mil profesionales, de los que tres cuartas partes, aproximadamente, ingresaron en el cuerpo como notarios, mientras la cuarta parte restante proviene del antiguo cuerpo de corredores de comercio, que, a su vez, había absorbido con anterioridad al cuerpo de agentes de cambio y bolsa. A pesar del significativo aumento de notarios que la fusión de cuerpos supuso, el número de estos profesionales es todavía relativamente bajo en España, en comparación con lo que sucede en otros países europeos, como Alemania o Francia, pero similar a las ratios de Italia y Holanda. En España existe hoy un notario por cada 13.000 habitantes, aproximadamente; mientras los datos de Italia y Holanda eran, en 1993, de 13.295 y de 13.547 habitantes respectivamente. En Francia, en cambio, en el mismo año, la cifra se reducía sustancialmente hasta los 7.400 habitantes por notario. Las comparaciones no siempre son fáciles, sin embargo. Por ejemplo, en un país como Alemania no todos los notarios ejercen esta profesión con exclusividad, ya que muchos ejercen simultáneamente como abogados y notarios. Y las cifras españolas eran, hace sólo unos meses, notablemente más bajas, debido a que aún no se había producido la fusión de los cuerpos de notarios y corredores.

Pero, en todo caso, lo relevante no es la comparación internacional, sino el hecho de que exista o no un número suficiente de profesionales para atender las funciones que les atribuyen las reglamentaciones vigentes, que no son siempre las mismas. En todo caso, la determinación de cuál puede ser el número óptimo de notarios que ejerzan la profesión en España resulta enormemente complejo, y es posible que el problema no tenga una solución clara. Como es habitual en estos casos la opinión sobre si el número de notarios debería aumentar o no, y en qué grado, varía mucho, según sea emitida por los demandantes de servicios notariales o por los notarios mismos. Los primeros consideran que el número de notarios podría aumentar sustancialmente, y que este incremento favorecería a los usuarios, ya que los trámites se acelerarían y no habría tantos problemas como los que existen en la actualidad en algunas plazas para encontrar notarios dispuestos a realizar, con rapidez, una actividad fuera del despacho, como levantar un acta o redactar el testamento de un enfermo. Desde el lado de los notarios suele señalarse, en cambio, que tal aumento reduciría de forma significativa sus ingresos profesionales, haría que determinadas notarías fueran no rentables y, en los demás casos,

reduciría los incentivos a realizar las fuertes inversiones en capital humano necesarias para el ingreso en la profesión, con lo que el elevado nivel técnico que el notariado tiene actualmente se reduciría.

En lo que a la primera parte de este argumento hace referencia, hay que señalar que se trata, más bien, de un problema de definición de circunscripciones y asignación de un determinado número de notarios a cada una de ellas. Mayor relevancia tiene, en cambio, el segundo. Tienen razón los que lo utilizan, en cuanto es cierto que suele existir una relación directa entre la remuneración esperada y el nivel intelectual y técnico de las personas que aspiran a acceder a un determinado cuerpo de la Administración Pública. Y que si la remuneración esperada se redujera, algunas personas brillantes renunciarían a formar parte del notariado, como hoy renuncian a integrarse, por ejemplo, en la judicatura. Pero este argumento presenta dos problemas. El primero que, como desde el notariado se ha venido señalando repetidamente, la remuneración no es el motivo único, ni el más importante, para elegir esta profesión; y que otros factores, como la combinación de independencia y la seguridad en el ejercicio de una profesión jurídica determinan en mayor grado la elección. No podemos saber, por ello, el grado en el que una menor remuneración excluiría a personas capacitadas del ejercicio de la profesión, aunque tal desplazamiento, sin duda, existiría. Y en segundo lugar, hay que indicar que, como se ha señalado también, los notarios disfrutaban de unas importantes cuasirrentas. Y una de las características básicas de las cuasirrentas es, precisamente, que su reducción no tiene por qué expulsar a los agentes del mercado, mientras la remuneración esperada ofrezca un rendimiento superior al que se obtendría en un mercado competitivo por una determinada inversión en capital humano.

Dos son las formas posibles de ampliar el número de notarios. La primera, la supresión del *numerus clausus*, permitiendo que cuantas personas superen las pruebas de acceso puedan abrir una notaría allí donde juzguen conveniente. La segunda, una ampliación del número de notarías. Resulta evidente que la primera fórmula supondría una modificación sustancial de toda la estructura del notariado, que sale fuera de los objetivos de este dictamen, cuyo propósito es analizar algunas reformas en la organización del notariado, conservando lo fundamental de sus características actuales. El aumento del número de notarías es, en cambio, una práctica habitual, que se realiza de acuerdo con el artículo 4 del vigente Reglamento Notarial, que establece criterios para la revisión de la demarcación notarial, tanto por el transcurso del tiempo (se revisa en su totalidad la demarcación notarial una vez transcurridos diez años desde la anterior revisión total) como por cambios sobrevenidos en cualquier momento en relación con el nacimiento o expansión de núcleos de pobla-

ción o la variación considerable de la contratación en una determinada población. La fijación del número de notarios difícilmente puede, por tanto, realizarse mediante normas rígidas; y parece razonable continuar con el sistema actual de ampliación del cuerpo. En todo caso hay que recordar la situación excepcional en la que se encuentra el notariado en estos momentos, como consecuencia de la incorporación de casi setecientos antiguos corredores de comercio. Por tanto, más que plantearse la conveniencia de ampliar sustancialmente o no el número de notarios, la estrategia a corto plazo debería ser una revisión general de la demarcación, que se ha visto muy alterada, y en una forma no planificada previamente, por esta circunstancia.

B) Delimitación de la demarcación.

Este problema de la delimitación de la demarcación constituye una de las cuestiones más interesantes, desde el punto de vista de la política de competencia, de la organización del notariado. Cuando se habla del mercado de la fe pública, habría que referirse, con mayor precisión, a los submercados determinados por cada uno de los distritos en los que los notarios ejercen su profesión. Existen, en efecto, grandes diferencias, en lo que al número de operadores respecta, en dichos submercados. En algunos casos nos encontramos con mercados que, en lo que al número de notarios concierne, resultan plenamente competitivos. Es el caso de las grandes plazas, como Madrid o Barcelona. Un mercado en el que actúan unos trescientos notarios, como el de Madrid, difícilmente puede ser tachado, en efecto, de anticompetitivo por el número de agentes que en él intervienen, aunque puedan existir restricciones a la competencia de otro tipo.

El extremo opuesto lo encontramos en las poblaciones que, por la estructura de la demarcación, son atendidas por un solo notario. En estos casos el notario actúa en régimen de monopolio; si bien este monopolio queda limitado por la competencia potencial de los notarios de otros distritos. Como ya se señaló en el capítulo anterior, aunque la ley limita el ejercicio profesional del notario al distrito para el que ha sido nombrado, la fuerte reducción de los costes de transporte experimentada en los últimos años hace que, en muchos casos, la diferencia entre los costes de transacción de acudir a un notario de la propia población y los de acudir a otro de un distrito vecino sea muy pequeña. Esto supone una competencia importante entre los notarios de diversas poblaciones que hace algunos años no existía, y que hoy se manifiesta con bastante fuerza en algunos distritos, en los que los notarios de las localidades más próximas intervienen operaciones de agentes económicos situados en otra pobla-

ción. Aplicar medidas de política de defensa de la competencia a agentes que, por disposiciones administrativas ejercen en régimen de monopolio resulta, en principio, bastante complejo. Y la vía puede ir más por una ampliación de las circunscripciones que por regulaciones de otro tipo.

Están, por fin, las plazas intermedias, en las que el número de notarios es superior a uno, pero lo suficientemente reducido como para permitir el diseño de estrategias anticompetitivas, a las que se hará referencia más abajo, al tratar de los despachos colectivos de notarios.

La ampliación de los distritos puede ser una de las fórmulas más adecuadas para introducir un mayor grado de competencia tanto en este tipo de plazas como en las que existe un solo notario. El argumento más importante en contra de esta ampliación es la tendencia que tendrían los notarios de un distrito ampliado a concentrarse en la población más importante y dejar desatendidos otros núcleos de población que se consideren menos rentables. Sin despreciar este coste, cabe, sin embargo, pensar que las ventajas de la ampliación de los distritos serían mayores que los inconvenientes al ofrecer a los usuarios una mayor capacidad de elección. Y existe, además, la posibilidad de adoptar una fórmula como la ya ensayada en una gran población, como Madrid, consistente en que los notarios ejercieran la profesión en un distrito amplio, pero se les exigiera establecer sus despachos en las poblaciones que específicamente se determinarían. De esta manera, podría obtenerse el beneficio derivado de una mayor competencia, sin que desaparecieran notarías de poblaciones pequeñas.

C) Convenios de asociación.

Una de las características del ejercicio profesional de los hasta ahora corredores de comercio ha sido su agrupación en despachos colectivos en una proporción muy elevada. En el caso de los notarios, el ejercicio colectivo de la profesión se ha dado en un grado mucho menor, pero también existe. Mientras, grosso modo, aproximadamente entre el 75 y el 80 por ciento de quienes ejercían la profesión de corredor de comercio en plazas pluripersonales lo hacía en despachos colectivos y sólo una cuarta o quinta parte de ellos ejercía en despachos individuales, la mayoría de los notarios han optado siempre por esta última estrategia, aunque su reglamento permite expresamente los despachos de varios notarios. El artículo 42 del vigente Reglamento Notarial establece, en efecto, la posibilidad de que varios notarios actúen en el mismo local, siempre que la junta directiva de su colegio lo autorice; autorización que nunca se concederá cuando sean todos los notarios de una población los que soliciten actuar en el mismo local, o en el mismo edificio.

Nos encontramos así ante el problema de dos tradiciones diferentes, que la nueva reglamentación que se promulgue tras la fusión de los dos cuerpos tendrá que abordar. El hecho de la fusión es aquí, además, especialmente relevante por dos motivos. El primero es que, como consecuencia de ella, puede producirse un nuevo tipo de asociación profesional: la constituida por un notario tradicional y un antiguo corredor de comercio (o por varios notarios y varios corredores) con el objetivo de aprovechar la ventaja comparativa de cada uno de ellos y la clientela previa que puedan aportar al nuevo despacho. Y, en segundo lugar, porque existen, desde hace algún tiempo, proyectos del Ministerio de Economía para reformar la regulación de los despachos colectivos; reformas que, si inicialmente sólo hacían referencia a los corredores de comercio, existe una elevada probabilidad de que intenten aplicarse ahora también al cuerpo de notarios. El notariado se encuentra, por tanto, ante una nueva situación, que debería tomar en consideración con vistas al futuro de su regulación profesional.

Además de trabajar en despachos colectivos, los corredores de comercio venían funcionando con un modelo de organización basado en los convenios de plaza. Resultaba bastante habitual confundir el convenio y el despacho asociado; y no sin razón, ya que no era raro que todos los corredores de una determinada plaza, además de estar ligados a un convenio, estuvieran integrados en un solo despacho colectivo. Pero las diferencias entre ambos tipos de acuerdos son claras. Lo que el convenio buscaba era organizar el mercado, atender determinados tipos de servicios (rutas, zonas periféricas, etc.) y cerrar el paso a ciertas formas de actuación, que –prohibidas en algunos casos por el Reglamento– la mayoría de los corredores consideraba, además, de carácter desleal. Lo que el despacho asociado busca, en cambio, es una forma de organización que permita obtener mejores resultados en competencia con los demás notarios. Es decir, si en plazas pequeñas el convenio y el despacho colectivo actuaban en el mismo sentido de unificar la oferta de servicios profesionales, en las plazas grandes el convenio tendía a restringir la competencia, mientras los despachos colectivos pueden ser una forma de organización eficiente.

Tras la unificación, los convenios de plaza de los corredores –que habían sido ya objeto de serias críticas desde los órganos de defensa de la competencia– han perdido buena parte de su sentido. Pero no así las asociaciones o despachos colectivos de notarios, que sin duda cobrarán un protagonismo creciente en el futuro. Tres son las ventajas principales que los acuerdos de asociación permiten conseguir. La primera es una mejor atención al servicio y a los clientes. Como ya se ha apuntado anteriormente, muchas de las actividades que realizan los notarios no res-

ponden a criterios de estricta rentabilidad (salidas de la notaría para levantar un acta, por ejemplo). Se trata de servicios a los que hay que prestar atención y de los que un notario que actúe sólo difícilmente podrá ocuparse. Como tales actividades no pueden quedar abandonadas, la única forma de atenderlas por parte de notarios que tengan despachos unipersonales será mantener su despacho sin atención personal a los clientes durante cierto número de horas o días cada semana.

El segundo motivo por el que los acuerdos de asociación de notarios pueden resultar eficientes es el argumento ya mencionado de la existencia en muchos despachos –sobre todo en poblaciones pequeñas– de un claro exceso de capacidad. Los efectos de este exceso de capacidad son funciones de costes decrecientes que permiten reducir los costes de producción del servicio si se amplía la dimensión y el número de operaciones intervenidas por despacho. La causa de este exceso de capacidad se encuentra en el hecho de que los servicios ofrecidos por los notarios exigen unos costes fijos elevados (locales, personal, etc.), que requieren para ser cubiertos un número de operaciones superior al que correspondería a un despacho individual. La asociación de dos o tres notarios en un solo despacho permitiría así aproximarse al nivel óptimo de dimensión y reducir los costes unitarios de explotación.

Un tercer argumento positivo, por fin, sería el de permitir una cierta especialización entre los notarios que actúan asociados. Este tema de la especialización no parece haber sido ni siquiera abordado seriamente por el notariado español. Sin embargo, la conveniencia de la especialización en las profesiones jurídicas es un tema que ha ido cobrando fuerza a medida que el mundo del derecho –y especialmente de algunas ramas concretas, como el derecho mercantil, el fiscal, el laboral o el administrativo– ha ido adquiriendo una complejidad tal que ha hecho imposible que un profesional pueda dominar aspectos tan diversos del ordenamiento jurídico. En las profesiones jurídicas organizadas de acuerdo con los principios del mercado y la competencia –como es básicamente el libre ejercicio profesional de la abogacía, pese a algunas restricciones importantes hoy existentes– el propio mercado está forzando cada vez más a la especialización de los profesionales. El abogado generalista que ejerce la profesión en solitario es hoy cada vez menos frecuente, mientras surgen continuamente nuevos despachos en los que abogados especializados en ramas concretas del derecho se asocian para ofrecer un servicio integral al cliente. Es más que previsible, por tanto, que en un futuro próximo los notarios tengan que especializarse para satisfacer la demanda del mercado en materias como contratos o sociedades internacionales, asesoramiento sobre los efectos fiscales de determinadas decisiones empresariales, etc. La alternativa sería tener que renunciar, en muchos casos, a la redacción

de documentos relevantes y tener que limitarse a la función de puros fedatarios de documentos preparados por abogados especializados. Si en la reforma de los aranceles se incluyera el cobro diferenciado por asesoramiento, como se sugería en el capítulo anterior, el incentivo para esta especialización sería aún más relevante.

Estos argumentos muestran, con bastante claridad, las ventajas de las asociaciones tanto para los propios notarios como para el sistema mismo de fe pública. En el caso de que desapareciera el arancel fijo y se estableciera un arancel de bandas como el que se sugiere en el capítulo anterior, con la posibilidad, por tanto, de realizar rebajas en los precios cargados a los clientes, las ventajas de la asociación serían aún más relevantes. La reducción de costes permitiría, en efecto, una disminución de los aranceles aplicados, siempre que existieran unas condiciones mínimas de competencia. De este modo, el mayor volumen inicial de ingresos netos (ingresos por arancel menos costes de explotación) de los notarios se iría redistribuyendo entre notarios y clientes como consecuencia de los menores precios cobrados.

Pero si los notarios no parecen haber tomado en consideración un futuro como el que aquí se plantea, la actitud de la Administración Pública en relación con las asociaciones ha sido, hasta ahora, cicatera y de visión muy corta. Como ejemplo indicativo de cómo se ha visto, desde el Ministerio de Economía, el problema de los despachos colectivos, pueden mencionarse las propuestas que en su día se realizaron de someter a todos los convenios en forma asociativa de los corredores de comercio –que hoy podría extenderse a todos los notarios– al procedimiento de autorizaciones que establece el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia; y de que las propuestas de convenios de asociación fueran autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Este planteamiento tiene, sin embargo, muy poco sentido, porque es un error tratar de la misma manera a los profesionales establecidos en distritos muy diferentes y exigir como regla general la autorización previa por el Tribunal de Defensa de la Competencia de todo posible acuerdo de asociación entre notarios. Como antes se apuntó, no existe ningún argumento económico sólido para prohibir o someter a autorización previa a una asociación de notarios en un mercado en el que actúan trescientos operadores.

El problema podría plantearse en las plazas intermedias, en las que, como se ha apuntado también, el número de operadores puede ser lo suficientemente pequeño como para establecer estrategias anticompetitivas. En este caso la regulación debería hacer un cálculo cuidadoso de los costes y los beneficios de la limitación de las asociaciones, lo que debería dar como resultado unas normas de carácter general, que evitaran al Tribu-

nal de Defensa de la Competencia tener que entrar, por principio, en la pertinencia o no de los acuerdos de asociación de dos o tres notarios en docenas de pueblos o pequeñas ciudades españolas.

Tal propuesta no significa negar todo papel al Tribunal de Defensa de la Competencia. Éste, por el contrario, podría desempeñar un papel importante revisando, y prohibiendo si fuera necesario, aquellos acuerdos que dieran origen a concentraciones que supusieran una posición de dominio en su mercado relevante, de acuerdo con lo que establece el Capítulo II de la Ley de Defensa de la Competencia. Pero hay que insistir en que no tiene mucho sentido que el Tribunal dedique tiempo y recursos a dictaminar si dos notarios cualesquiera de una población importante pueden o no compartir despacho.

En lo que a las plazas intermedias respecta, la solución más eficiente podría ser el establecimiento de una reglamentación por parte del Ministerio de Justicia, que explicitara los criterios de autorización de despachos colectivos establecidos en el artículo 42 del Reglamento Notarial, determinando el número mínimo de despachos en funcionamiento en cada distrito según el número de notarios que en él ejercen. Como simple sugerencia, podría considerarse razonable que en las poblaciones en las que haya entre dos y cuatro notarios se fijara un mínimo de dos despachos. En las poblaciones que tienen entre cinco y siete, podría fijarse un número mínimo de tres. De cuatro en las de ocho y nueve... y así sucesivamente. De esta forma se conservarían las ventajas de las asociaciones antes indicadas y se garantizaría un grado aceptable de competencia en lo que al número de operadores se refiere.

Resulta, además, que, si se aplicara el principio de ampliación de los distritos antes comentado, las restricciones a la competencia debidas a las asociaciones de notarios serían mucho menores; y sus costes serían ampliamente superados por los beneficios arriba indicados.

D) Papel regulador de los Colegios de Notarios y el Consejo General del Notariado.

Muchas de las reflexiones presentadas al comienzo de este capítulo sobre el papel contrario a la competencia de los colegios profesionales son aplicables al caso específico del notariado. Existen, ciertamente, aspectos específicos en los colegios de los profesionales funcionarios, en cuanto a su misión, ya que el propio Reglamento Notarial (art. 314) establece como una de sus funciones específicas la colaboración con la Administración; y en lo que a la organización de la profesión se refiere, se hace referencia a que tales funciones se llevarán a cabo sin perjuicio de las atribuciones del Gobierno, del Ministerio de Justicia y de la Dirección

General de los Registros y del Notariado. Pero, aceptadas estas mayores restricciones institucionales debidas a la condición de funcionarios públicos que tienen los notarios, su papel coincide en lo fundamental con el de otros colegios profesionales. Y, como se apuntaba más arriba, parece existir una tendencia muy clara por parte de los colegios profesionales para restringir la competencia y dificultar la consecución de una mayor cuota de mercado por parte de los profesionales más jóvenes.

La orientación de un colegio profesional concreto puede así ser mucho más relevante para determinar el grado de competencia existente en un sector que el número de profesionales que en él actúen. Un ejemplo, basado en un caso importante, y de trascendencia social, que en su día resolvió el Tribunal de Defensa de la Competencia, puede ser ilustrativo de esta idea. Se trata del caso en el que se discutía la posibilidad de vender leche maternizada en establecimientos generales de alimentación, y quitar a las farmacias el monopolio que, de facto, habían venido detentando con respecto a la venta de este producto. El efecto inmediato de la desaparición de tal monopolio fue una bajada sustancial de los precios del producto sin merma de calidad, lo que implica una clara mejora de bienestar social. Pues bien, lo relevante a nuestros efectos es que el elevado precio del producto no se debía a que el número de vendedores fuera pequeño, ya que podía ser adquirido en miles de farmacias. Lo que rebajó sus precios no fue, fundamentalmente, el aumento del número de establecimientos de venta, sino el hecho de que los nuevos vendedores no estuvieran encuadrados en el marco regulador de los colegios de farmacéuticos.

La regulación estricta de la profesión de notario por parte del Estado ha hecho que, hasta ahora, los Colegios de Notarios tuvieran más relevancia como grupos de presión frente a la Administración —o dentro de la Administración— que como reguladores de la profesión; por lo que las reformas de la Ley de Colegios Profesionales del año 1997 han tenido para ellos efectos mucho menores que para otros colegios, que con estas reformas perdieron buena parte de sus competencias, aunque conservaron el monopolio de la organización profesional y de la representación de todos los profesionales de cada sector. Sería ahora el momento de plantearse si los Colegios de Notarios van a continuar manteniendo esta relación especial con la Administración o van a asemejarse más a otros colegios profesionales. En otras palabras, se trata de dilucidar la cuestión clave de si los notarios van a parecerse en el futuro más a funcionarios tradicionales o a profesionales liberales.

E) Restricciones a la publicidad.

También el problema de las restricciones a la publicidad, que tantas discusiones ha suscitado en la regulación de muchas profesiones, afecta directamente al notariado. En lo que a la publicidad respecta, este dictamen recomienda abiertamente una mayor aceptación por parte de la profesión de las prácticas publicitarias habituales en el mundo profesional de nuestros días. La razón es que la publicidad no va a afectar negativamente a ninguna de las funciones del notario, como funcionario y como profesional. Y puede servir, en cambio, para reducir esa asimetría de información que constituye uno de los argumentos que hemos utilizado como justificación de la regulación pública de la profesión de notario. No tiene mucho sentido, en efecto, argumentar que es preciso regular el ejercicio profesional y los precios que los notarios cobran a sus clientes a causa de la información insuficiente que éstos tienen y, al mismo tiempo, poner dificultades para que estos mismos clientes obtengan mayor información en relación con lo que cada notario puede ofrecerles.

Existe una actitud muy extendida, contraria a la publicidad, basada en la idea de que su principal función consiste en intentar embaucar al consumidor para que compre un determinado producto o, en nuestro caso, para que acuda a una determinada notaría, no siempre la mejor. Pero se olvida que, con frecuencia, más que modelar los gustos de los consumidores u orientarles hacia un determinado proveedor, lo que hace la publicidad es transmitir información sobre las características de un producto o un servicio, que puede tener rasgos diferenciales en relación con los que ofrecen los competidores. Desde este punto de vista, cualquier medida dirigida a restringir la publicidad –con excepción, naturalmente, de aquella que sea engañosa o atente contra valores básicos de la sociedad– sería muy perjudicial para la eficiencia del mercado. Por una parte, porque haría más difícil el establecimiento de marcas y reputación en el mercado. Por otra, porque haría crecer los costes de información de los usuarios de un gran número de productos. Y, finalmente, porque la publicidad hace que aumente la competencia entre los oferentes, en beneficio de los clientes.

En lo que a los notarios respecta, la publicidad resultaría especialmente beneficiosa para los notarios más jóvenes y para todos aquellos que se trasladan a una nueva plaza y empiezan allí su ejercicio profesional en clara desventaja con los notarios que llevan largo tiempo establecidos en el distrito. En la reforma de la organización de la función notarial, la introducción de la publicidad debería ser uno de los temas importantes a tomar en consideración.

V.5. Recomendaciones de reformas relacionadas con la competencia

Aunque, cuando se habla de competencia, se suele poner el énfasis en las estrategias basadas en las reducciones de precios, hemos visto que el tema es bastante más complejo. Y esto es especialmente cierto en el caso de profesionales funcionarios, como los notarios. Además, centrar toda la estrategia para introducir mayor competencia en el tema de los precios plantearía el problema antes indicado de una mayor concentración de la actividad, lo que puede constituir un resultado no deseable. Cabe, en cambio, sugerir otras reformas que, sin alterar básicamente el ejercicio de la profesión, introduzcan mayores niveles de esa competencia que, antes o después, la sociedad va a empezar a pedir al notariado. En función del análisis anterior, se plantean las siguientes cuestiones:

1. Aunque el número de notarios, seguramente, habrá de aumentar a medio plazo, no parece que éste sea el momento más adecuado para realizar una ampliación sustancial de la plantilla, dada la reciente fusión, aún no bien consolidada, con los corredores de comercio. La reforma de las demarcaciones implicará más adelante no sólo la creación de nuevas notarías, sino también la reconsideración de algunas de las hoy existentes.

2. Habría que plantearse hacer unas demarcaciones más amplias, conformes con la sustancial rebaja que los costes de transporte han experimentado en nuestros días. En esta reforma podría considerarse la exigencia de mantener la notaría en una determinada localidad dentro de esta más amplia demarcación, en el sentido de lo que hoy sucede con algunas notarías de Madrid.

3. Convendría regular los convenios asociativos de notarios, no sólo porque es muy probable que el futuro de la profesión pase por despachos de varios notarios, sino también porque esto puede incrementar la eficiencia de las notarías y permitir ofrecer mejores servicios a los clientes, con posible especialización de los notarios que trabajen de forma conjunta. Aunque estas notarías podrían plantear, en algunos casos, problemas de reducción de competencia, las autoridades de la competencia no deberían adoptar una actitud cicatera con respecto a ellas; y limitarse a ponerles trabas cuando esa amenaza para la competencia sea real.

4. Habría que plantear la posibilidad de permitir una cierta publicidad para que los notarios accedan más directamente a sus clientes. Esto no sólo es conveniente para ofrecer una mayor información a aquéllos, sino también porque, a diferencia de lo que a veces se afirma, no favorecería a las grandes notarías, sino, más bien, a las pequeñas; y, sobre todo, a los notarios jóvenes o a quienes se trasladan a una nueva plaza.

Referencias

- AKERLOF, G., "The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970).
- ARRUÑADA, B., *Análisis económico del notariado*. Madrid. Consejo General del Notariado, 1995.
- FRAILE, P., *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*. Madrid. Argenteria, 1998.
- OCDE. *Regulatory Reform Project. Draft Chapter on Professional Business Services*. 1997.
- PASTOR, S., *Intervención notarial y litigiosidad civil*. Madrid. Consejo General del Notariado, 1995.
- PAZ-ARES, C., *El sistema notarial. Una aproximación económica*. Madrid. Consejo General del Notariado, 1995.
- Tribunal de Defensa de la Competencia. *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*. Madrid, 1992.
- Tribunal de Defensa de la Competencia. *Informe al proyecto de Real Decreto por el que se modifica parcialmente el reglamento de régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, de su Consejo General y regulando el ejercicio del cargo de corredor colegiado de comercio, aprobado por Real Decreto 853/1959, de 27 de mayo*. Madrid, 1995.

LIMITACIONES AL DOMINIO EN LAS VIVIENDAS CON PRÉSTAMO CUALIFICADO A LA LUZ DEL RD 115/2001

JOSÉ JAVIER ESCOLANO NAVARRO

Notario

El RD 115/2001, de 9 febrero, modificó parcialmente el RD 1186/1998, de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del plan 1998-2001.

Por lo que ahora nos interesa, debemos centrar nuestra atención en los párrafos 2, 4 y 5 del artículo 12 modificados, cuyo tenor literal es el siguiente:

“2.– Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio no podrán transmitir inter vivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo. Podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer, por subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio en la localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados, mediante autorización de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el

momento de la percepción. Una vez transcurridos diez años desde la formalización del préstamo cualificado al adquirente, adjudicatario o promotor individual para uso propio, la transmisión inter vivos o la cesión del uso por cualquier título de las viviendas a que se refiere el número anterior, supondrá la interrupción de la subsidiación y la pérdida de la condición de cualificado del préstamo, pudiendo la entidad concedente determinar su resolución.

4.— Las viviendas sujetas a regímenes de protección pública que se acojan a las medidas de financiación establecidas por este Real Decreto no podrán ser objeto de descalificación voluntaria a petición de los propietarios hasta transcurridos quince años contados desde la calificación definitiva de las mismas.

5.— La prohibición de disponer y las limitaciones a que se refieren los apartados 2 y 4 de este artículo se harán constar expresamente en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la propiedad donde se hará constar la prohibición de disponer por medio de nota marginal.”

En su comentario podemos distinguir:

1.º Entrada en vigor

Conforme a su Disposición final única, entró en vigor el día 11 de febrero de 2001 (el día siguiente al de su publicación en el BOE, sábado día 10).

Dado que las actuaciones protegibles en materia de vivienda se integran por una sucesión de actos y su correspondiente reflejo documental, tales como: solicitud de calificación provisional, la posterior definitiva, presentación de los contratos de adquisición para su visado administrativo, solicitud de ayudas, otorgamientos de escrituras de obra nueva, préstamo hipotecario al promotor, venta y subrogación, etc. La duda, ante la falta de norma expresa del RD que comentamos, se centra en precisar cuál de dichos momentos determina la sujeción a las nuevas limitaciones.

Una primera solución podría ser hacer gravitar todo el sistema en la fecha de calificación provisional sobre la base de lo dispuesto en el artículo 84 del Decreto 2114/1968 sobre VPO, que establece: “... otorgada la cédula de calificación provisional no podrán modificarse los beneficios concedidos... Del mismo modo, tampoco podrá modificarse el régimen

de uso y utilización consignado en dicha cédula, ..." (así se pronuncia BOTÍA VALVERDE, asesor jurídico).

Más seguro me parece, atendiendo a la finalidad de la norma, cual es, "garantizar en mayor medida el carácter finalista de las ayudas estatales y, en definitiva, el de la política misma de vivienda" (así párrafo 4.º de la Exposición de Motivos) y en la posibilidad, prevista en la Disposición transitoria primera del propio RD, de solicitar acogerse al nuevo sistema de ayuda estatal directa a la entrada, de los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales, mientras no se hubiera formalizado la subrogación en el préstamo, entender que el régimen del artículo 12 reformado se aplicará: a las adquisiciones, adjudicaciones o autopromociones de viviendas declaradas protegidas en el ámbito del Plan de Viviendas 1998-2001, que hubieran obtenido préstamo cualificado, cuya escritura de formalización (para autopromotores) o de subrogación (para adquirentes o adjudicatarios) fuere otorgada con posterioridad a 11 de febrero de 2001.

Lo cual es coherente con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 6 del RD de 1998, cuando nos dice: "... 2. *La subsidiación de préstamos que determina el apartado anterior tendrá efectividad a partir de la fecha de la escritura de formalización del préstamo cualificado, o de la subrogación en el mismo, por parte del destinatario de la subsidiación, una vez obtenida la preceptiva autorización y, en su caso, el reconocimiento previo del derecho a la subsidiación, ...*".

A mayor abundamiento, hasta el otorgamiento de la escritura de subrogación del préstamo, no se produce el efecto fundamental del consentimiento del adquirente en la obligación de pago del mismo. Coherente con ello, la resolución administrativa que declara el carácter protegido de la actuación y resuelve favorablemente la solicitud de ayuda oficial, expresamente advierte del carácter no definitivo en tanto no se formalice la operación, esto es, se otorgue la correspondiente escritura.

2.º Naturaleza de la pretendida "prohibición de disponer"

Aunque la redacción previgente del artículo 12.2 hablaba también de "no poder transmitir" y de "prohibición de disponer", la reforma parece haber insistido en la calificación jurídica como propia prohibición de disponer. En especial, en el número 4 de este precepto, cuando sustituye la expresión "las limitaciones" por "la prohibición de disponer" para exigir su constancia tanto en las correspondientes escrituras como en el Registro de la Propiedad.

Procede, por tanto, precisar si estamos en presencia de una auténtica prohibición de disponer, sancionada civilmente con la ineficacia jurídica

del acto o negocio jurídico que la contravenga y dotada de eficacia real mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En mi opinión, la respuesta es negativa, si observamos los siguientes argumentos:

1.º) *Rango normativo de la disposición que la impone.*

El RD que comentamos, lo es de reforma del fechado el día 12 de junio de 1998, que no es sino la concreción de la acción estatal en materia de vivienda, a través de planes de carácter plurianual, en concreto el correspondiente al período 1998-2001, el cual derogó el anterior contenido en el RD 2190/1995, que a su vez dejó sin efecto el de 1991.

Es, por tanto, una norma reglamentaria que desenvuelve la competencia estatal del artículo 149.1.13.ª de la Constitución Española, referida a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en un sector tan importante como es, sin duda, el de la vivienda. Pero que no puede calificarse de Reglamento ejecutivo de una Ley o que desarrolle expresamente las líneas generales establecidas en una norma con rango de Ley (habilitación especial).

Es decir, dentro de la clasificación administrativa de los Reglamentos en atención a su relación con la Ley, suelen dividirse en ejecutivos, independientes y de necesidad. Es claro que no estamos en presencia de un Reglamento “de necesidad” dictado en situación de emergencia y justificado por su propia excepcionalidad; ni tampoco en un Reglamento ejecutivo, precedido de una Ley que contrae su regulación a enunciar unos principios básicos o grandes líneas, dejando a la norma reglamentaria la precisión de todos los casos (sin olvidar que si efectivamente fuera un Reglamento ejecutivo, hubiera exigido previo dictamen del Consejo de Estado, así art. 22.3 de la Ley Orgánica de dicho Consejo de 22 de abril de 1980. Lo cual no ha tenido lugar).

Por tanto, si estamos en presencia de un Reglamento “independiente” la falta de idoneidad de la norma para imponer verdaderas limitaciones al derecho de propiedad o prohibiciones de disponer es notoria. Baste recordar la doctrina recogida por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (en su obra *Curso de Derecho Administrativo*, 10.ª edición, agosto de 2000, vol. I, pp. 212 y 213): la S del TS de 11 de abril de 1981 ha declarado que el Reglamento independiente de la Ley sólo es admisible tras la Constitución en el ámbito interno, “con fines puramente autoorganizativos o en el marco de las relaciones de sujeción especial”, no “cuando regula abstractamente derechos y obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general”. El TC lo ha entendido en el mismo sentido. Así la S de 22 de diciembre de 1987 expresa que

“el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley, de modo inmediato o mediato, a través de la habilitación”; también en S de 4 de mayo de 1982, la cual es absolutamente concluyente: “la materia cuya ordenación jurídica el legislador encomienda al Reglamento puede en cualquier momento ser regulada por aquél, pues en nuestro ordenamiento no se reconoce el principio de reserva reglamentaria”. En el mismo sentido la S constitucional de 20 de mayo de 1986.

El artículo 23, párrafo 21, de la Ley del Gobierno de 23 de noviembre de 1997, dispone: “Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de Ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público”.

Las sentencias del TS de 10 de abril de 1986 y TC de 7 de abril de 1987, han confirmado de forma concluyente la doctrina expuesta.

2.º) *Infracción de reserva de Ley:*

Como es sabido, nuestra Constitución formula principios de reserva de ley a lo largo de su articulado, entre los que se encuentra el artículo 33, referente a la delimitación del contenido de la propiedad y expropiación forzosa; derecho que se sitúa en el ámbito de aplicación del artículo 53.1 de la CE que exige *ley* para su regulación, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial.

Como precisa el artículo 81.1, habrá de hacerse por Ley el “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, esto es, el estatuto general “directo” (S del TC de 22 de febrero de 1982).

Como recuerda Díez-PICAZO (“El derecho de propiedad privada en la Constitución” en *Estudios sobre la Constitución Española*, volumen II, p. 1.265) comentando la sentencia del TC 37/1997, esta concreta reserva de ley prohíbe “toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido de la propiedad privada por reglamentos independientes o extra legem”.

En definitiva, como dicen EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (o.c. p. 245): el Reglamento independiente de la ley en la materia relativa a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos ha quedado formalmente excluido de nuestro Derecho. El TC en términos categóricos, en sus sentencias de 22 de junio y 22 de diciembre de 1987, de 26 de abril de 1990, de 14 de enero, 15 de abril y 1 de julio de 1991, lo ha declarado.

En igual sentido se pronuncia RAMÓN PARADA (*Derecho Administrativo*, volumen I, p. 64): queda vedada toda intromisión de la potestad reglamentaria en la propiedad y libertad de los ciudadanos, artículos 31, 33, 53.1 y 113.1 de la Constitución.

En otro orden, es reiterada la doctrina jurisprudencial que entiende que el Reglamento, salvo que se haya dictado por virtud de una delegación expresa de una Ley, no tiene eficacia normativa en las relaciones jurídicas civiles, puesto que la sentencia que no lo aplica no es por ello objeto de casación.

3.º) *Contravención de la legislación hipotecaria:*

La Ley Hipotecaria dedica a la constatación registral de las prohibiciones de disponer sus artículos 26, 27 y 107.3, cuyo régimen no se adecúa a lo ordenado por el artículo 12 del RD que comentamos:

1. No es propiamente una prohibición voluntaria, ni legal ni está ordenada por autoridad judicial o administrativa (ex art. 26 LH).

2. Podría entenderse que estamos ante una obligación de no disponer contraída por los adjudicatarios, adquirentes o autopromotores, mas en este caso debería ser objeto de aseguramiento mediante la correspondiente garantía real (ex art. 27 LH).

3. También el régimen reglamentario de mera constancia de la prohibición, no se adecúa a lo dispuesto en el artículo 107.3 LH, esto es, la ineficacia de la prohibición voluntaria de segunda hipoteca.

Si definimos, con ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, octava edición, agosto 1995, tomo III, p. 465) la prohibición de disponer, como: "... la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos".

Observamos que nuestro Código civil no regula propiamente dicho el régimen sustantivo de las prohibiciones de disponer, con olvido de los precedentes de la normativa contenida en las leyes de Partidas (5,5,44) y el conocido fragmento de MARCIANO contenido en el Digesto que pasó a informar el *ius commune*.

Por lo que tenemos que acudir a los citados preceptos de la Ley Hipotecaria en cuyo análisis es fundamental distinguir:

- a) Las prohibiciones de disponer, propiamente dichas (recordar la definición transcrita), las cuales, como ya dijo la DGRN el 20 de diciembre de 1929, no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudica a los terceros adquirentes, sino que sólo son restricciones impuestas que limitan las facultades dispositivas de

un derecho por parte de su titular, sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. Es decir, son técnicamente un modo o carga y no una garantía real. Aunque, como dice ROCA SASTRE, (o.c. p. 473) la prohibición de disponer puede tener una función de garantía del cumplimiento de un interés o de un derecho jurídicamente tutelable o de las estipulaciones de un negocio jurídico o contrato.

A ellas se refiere el artículo 26 de la LH, diferenciando entre las prohibiciones legales, entre las cuales, como hemos visto, no puede calificarse la contenida en el artículo 12 del RD que comentamos; las judiciales y administrativas, esto es, las impuestas por estas autoridades y que son objeto de anotación preventiva (distintas nítidamente de la que nos ocupa) y las voluntarias, esto es, las que tienen su origen en un negocio jurídico a título gratuito, esto es, testamento, capitulaciones matrimoniales, etc.

b) Las obligaciones de no disponer, propias del Derecho de obligaciones.

La distinción entre la prohibición de disponer de eficacia real y la obligación de no disponer se comprueba con el examen de los artículos 7 y 9 del RH; pues como dice ROCA SASTRE (o.c. p. 483) aquél permite la inscripción de los actos que modifiquen “alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”, mientras que éste considera no inscribibles cualesquiera “obligaciones o derechos personales” sin perjuicio del acceso al Registro de las garantías reales o anotaciones preventivas que procedan (resoluciones de 18 de enero y 18 de octubre de 1979 y 27 de enero de 1986).

Por ello, el artículo 26 LH se refiere a la prohibición de disponer propiamente dicha y el artículo 27 LH permite que aquellas de origen voluntario que no puedan ser inscritas conforme al artículo precedente, puedan obtener alguna eficacia al inscribir las garantías reales pactadas para asegurar su cumplimiento.

3.º Reconstrucción del sistema

En atención a todo lo dicho, es claro:

a) *Naturaleza jurídica de la mal llamada “prohibición de disponer”.*

El artículo 12 del RD 1186/1998, de 12 de junio, en su redacción dada por el RD 115/2001, de 9 de febrero, no puede contener una prohibición de disponer en sentido estricto por insuficiencia de rango normativo y contravención de la reserva de ley.

En este sentido debemos recordar, con la mejor doctrina administrativa (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, o.c. p. 221), que el ordenamiento jurídico vigente (art. 62.2 LRJA y PC de 26 de noviembre de 1992 modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero) establece para los Reglamentos ilegales la sanción de nulidad de pleno derecho, la más grave de las que conoce dicho ordenamiento. La mera publicación de un Reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a ésta ha de cuestionarse, por todos los destinatarios, si esta aplicación no supone la inaplicación de una Ley. Si de este enjuiciamiento previo resultase que el Reglamento contradice la Ley, habrá que rechazar la aplicación del Reglamento con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la Ley por él violada; habrá que rehusar, pura y simplemente, aplicar el Reglamento ilegal (p. 221). Esto constituye no simple facultad del juez, sino verdadero deber actuable de oficio (art. 6 de la LOPJ y antiguo art. 7 de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870). También corresponde a los particulares y a los funcionarios públicos.

La inaplicación es la técnica por excelencia arbitrada por el ordenamiento frente al Reglamento ilegal, sin perjuicio del ejercicio de los recursos directos o indirectos contra aquél.

La verdadera naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas en el artículo 12.2 del RD si consideramos, además de los argumentos anteriores de insuficiencia de rango normativo, los criterios hermenéuticos consagrados en el artículo 3 del Código civil: finalista, de garantizar en mayor medida la política sobre la vivienda, en particular el propósito para el cual están diseñadas las ayudas oficiales (párrafo 4.º de la Exposición de Motivos); sistemático, la congruencia con el resto del ordenamiento jurídico (desde la CE hasta la Ley Hipotecaria) y gramatical, lo determinante es el compromiso del adquirente, adjudicatario o autopromotor de no disponer como elemento decisivo que completa el cuadro de quienes económicamente precisan de las ayudas oficiales para acceder a su primera vivienda; me llevan a pensar que estamos en presencia de una obligación de no disponer que unilateralmente asumen aquellos destinatarios de las ayudas oficiales, que es presupuesto jurídico (*conditio iuris*, si se quiere) de la efectiva concesión. A mayor abundamiento, si contemplamos que la norma vincula la obligación de no disponer a la efectividad de un préstamo cualificado, no a la adquisición de una vivienda de protección oficial o del disfrute de otras ayudas.

De otro modo no se podría entender que una verdadera prohibición de disponer, con eficacia real frente a terceros por su constatación en el Registro de la Propiedad, pudiera quedar sin efecto por decisión discrecional del funcionario competente de la Administración, no sólo por los supuestos contemplados en la norma (recordar: "... por subasta y adjudica-

cación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio de localidad o por otros motivos justificados...”).

b) *Actuación de notarios y registradores de la propiedad.*

Coherentemente con ello, la actuación de notarios y registradores es algo diferente. Para los primeros, aun cuando, según hemos dicho, la limitación a la facultad de disponer no tenga el carácter de verdadera prohibición con eficacia real, sino tan sólo una obligación personal del titular dominical, en ejercicio de su deber de dar forma jurídica a las pretensiones de las partes dentro del ordenamiento jurídico con un primer control de legalidad [en los términos de los arts. 145 y 147 del Reglamento Notarial, reiterado en sede disciplinaria por el apartado Dos, B) c) del art. 43 de la Ley 14/2000] no autorizarán la escritura de transmisión *inter vivos* o cesión de uso sin que se les acredite la autorización administrativa o la aplicación de los supuestos excluidos por la norma jurídica.

En este sentido se pronunció la Circular del Consejo General del Notariado de marzo de 1992, al recomendar con carácter previo a la autorización de la escritura de transmisión dentro de los cinco años desde la concesión de ayuda oficial, la justificación de la devolución de dichas cantidades más los intereses legales, no siendo suficiente la mera advertencia a los comparecientes.

Por el contrario, el registrador de la propiedad, en ejercicio de su potestad calificadora conforme al artículo 18 de la LH, además de no aplicar el Reglamento ilegal como funcionario público que es (en los términos antes dichos), no puede rechazar la inscripción del acto traslativo que incumple la obligación de no disponer al no tener eficacia real (ni estar garantizada especialmente en los términos del art. 27 de la LH); y ello, aunque conste por nota marginal la existencia de tal obligación, lo cual no deja de ser mera “publicidad noticia” carente de la eficacia propia del sistema registral. En este sentido, también se pronuncia el registrador GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA (*Boletín del Colegio de Registradores*, número 70, p. 659).

Recordemos que el propio RD, en su artículo 4, prevé las consecuencias del incumplimiento de sus normas y previsiones, mediante un sistema de sanciones personales al titular y no sobre la vivienda, básicamente: “... *la pérdida de la condición de préstamo cualificado y la interrupción de la subsidiación otorgada, así como el reintegro a la Administración General del Estado de las cantidades hechas efectivas por el Ministerio de Fomento en concepto de ayudas económicas directas, incrementadas con los intereses legales desde su percepción*”.

Este tipo de publicidad noticia pura, no tiene otra eficacia que la de mero anuncio o cortesía, cuya omisión es irrelevante.

Si bien, algunos autores (CHICO ORTIZ, “La publicidad efecto y la publicidad noticia” en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 310, 1994, p. 859 y ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes” en *RCDI*, número 665, p. 968) no alcanzan a ver la finalidad que se persigue con ello, ni la razón justificativa de esta modalidad de publicidad.

Entiendo que la proliferación de supuestos de constatación registral con efectos de “mera noticia”, obligaría a una nueva configuración del Registro de la Propiedad, como mera base de datos cuyo conocimiento es interesante para el público en general, pero sin efectos jurídicos de legitimación ni fe pública; baste pensar en el actual régimen de inscripción voluntaria, llevanza del mismo por fincas registrales que generalmente no coinciden con las fincas catastrales y en gran número de ocasiones con las existentes o delimitadas en la realidad, la imposibilidad actual de consulta por índice de fincas según su localización (por ejemplo, todas las situadas en una determinada vía pública, etc.).

c) *Segundas hipotecas.*

En cuanto a la problemática específica de las segundas hipotecas, tras una primera que garantiza el préstamo cualificado, la DGRN en su conocida resolución de 5 de octubre de 2000, admitió esta segunda garantía real, a pesar de la prohibición de disponer contenida en el previgente artículo 12 del RD de 1998, estableciendo que: *“la constitución de una nueva hipoteca sobre la misma vivienda objeto de financiación cualificada no está comprendida en el ámbito de la prohibición legal... sin perjuicio de entender que en caso de ejecución de esta hipoteca durante el plazo de cinco años de la prohibición, la válida transmisión de la finca requerirá la autorización administrativa correspondiente, previo reintegro de las ayudas recibidas”*.

Lo cual nos recuerda la vieja resolución del centro directivo de 18 de abril de 1952, referente a un deudor hipotecario de fincas legadas con prohibición de venderlas durante el plazo de cuarenta años, admitiendo la DG la hipoteca sobre aquéllas mediante el pacto de vencimiento de la deuda por impago de la misma y sus intereses en fecha posterior al transcurso de aquel plazo.

d) *Causas de extinción de la obligación de no disponer.*

La confusa redacción, claramente deficiente desde el punto de vista técnico jurídico, del artículo 12.2 objeto de nuestro comentario, permite abrigar dudas sobre la extinción de las limitaciones asumidas por los adquirentes o adjudicatarios de préstamos cualificados.

Primeramente, podría pensarse que la ejecución del préstamo cualificado, por sí solo, no determina la extinción de la obligación de no disponer, sino que precisa la autorización administrativa. Recordemos la redacción literal del precepto: “... *Podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer, por subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio en la localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados, mediante autorización de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción...*”.

Literalmente, la norma distingue:

Medio: autorización administrativa.

Supuestos en los que procede tal resolución:

Subasta o adjudicación por ejecución judicial del préstamo

Cambio de residencia del titular

Otros motivos justificados

Requisitos: previa cancelación del préstamo y reintegro de las cantidades pertinentes.

Respecto a la primera consideración, atendiendo a la finalidad de la norma e intentando salvar la coherencia de las medidas en ella contenidas, me inclino a pensar que bastará la ejecución judicial del préstamo cualificado para entender sin efecto la obligación de no disponer; pues, no olvidemos que dicha obligación nace condicionada a la existencia del propio préstamo cualificado y que su ejecución llevará registralmente la cancelación de la inscripción de hipoteca. Por tanto, sólo será precisa la autorización administrativa para los demás supuestos, esto es, el cambio de residencia a población distinta del titular u otros motivos justificados (en este sentido, también se pronuncia BOTÍA VALVERDE).

Otra imprecisión de la norma comentada es la referencia exclusiva a la “subasta y adjudicación” consecuencia del procedimiento judicial de ejecución, olvidando otras posibilidades contenidas en la vigente LEC.

Llama poderosamente la atención la gran discrecionalidad concedida a la Administración actuante (a través de sus funcionarios) para dejar sin efecto la obligación de no disponer, por “otros motivos justificados”, sin más precisión. En contraste con la no consideración de otros supuestos, por ejemplo, la venta notarial de la vivienda en desenvolvimiento de la hipoteca (antiguo procedimiento extrajudicial) o la subasta o adjudicación judicial por deudas del titular, en particular, en base a la afección legal por gastos de comunidad, etc. Quizás por pretender, extralimitadamente, que el juez que conoce de la ejecución sobre la vivienda embargada no pueda “válidamente” adjudicarla sin el previo visto bueno o

autorización del funcionario correspondiente de la Administración Autonómica (a modo análogo a como la DGRN entiende que operan las segundas o posteriores hipotecas).

En mi opinión, coherentemente con la naturaleza defendida de la obligación de no disponer, su contravención no lleva consigo la nulidad del acto de enajenación voluntaria y, menos aún forzosa al amparo de los procedimientos judiciales; siendo tan sólo predicable la comunicación a la Administración competente para la aplicación de la sanción específica prevista en el artículo 4 de la propia norma.

**LA NUEVA REGULACIÓN DE
LAS INVERSIONES EXTERIORES.
INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA.
INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR.
ADQUISICIÓN DE INMUEBLES EN
ZONAS ESTRATÉGICAS (*)**

FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ

Doctor en Derecho. Notario

*En memoria de
Ildefonso Sánchez Mera*

SUMARIO: LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS INVERSIONES EXTERIORES. INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA. **I.** SUJETOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA. **II.** LIBERALIZACIÓN DE LAS INVERSIONES. **III.** COBROS Y PAGOS DERIVADOS DE LAS INVERSIONES EXTERIORES. **IV.** FORMA DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. **V.** CLASES DE INVERSIONES. **A)** Examen de las obligaciones fiscales en caso de transmisión de inmuebles por no residentes. **a)** *Transmitente*

(*) Este trabajo forma parte de la obra homenaje a D. Ildefonso Sánchez Mera.

persona física. b) Transmitedora persona jurídica domiciliada en el extranjero. a') Régimen anterior. b') Régimen actual.

VI. OBLIGACIÓN DE DECLARACIÓN DE LAS INVERSIONES. 1. Declaración previa (art. 4.2.a). **2.** Declaración posterior (art. 4.2.b). **A) Regla general. B) Reglas especiales.**

VII. FORMA Y PLAZO PARA EFECTUAR LAS DECLARACIONES. A) Declaraciones previas. **B)** Declaraciones posteriores a la inversión. **a)** *Requisitos (generales) de las declaraciones* (art. 16 Orden). **b)** *Inversiones en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión.* **c)** *Inversiones en inmuebles.* **d)** *Inversiones en valores negociables.*

VIII. OTRAS OBLIGACIONES. RÉGIMEN DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR. I. NOCIÓN DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR. **II.** SUJETOS DE INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR. **III.** CLASES DE INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR. **IV.** RÉGIMEN DE ESTAS INVERSIONES. **A)** Objeto (art. 41 de la Orden). **B)** Declaración a través de entidad depositaria. **a)** *Procedimiento* (art. 42 de la Orden). **b)** *Información sobre flujos* (art. 43 de la Orden). **c)** *Información sobre saldos* (art. 44 de la Orden). **d)** *Remisión de información* (art. 45 de la Orden). **e)** *Otras obligaciones de declaración* (art. 46 de la Orden). **C)** Declaración por los titulares de la inversión. **a)** *Procedimiento* (art. 47 de la Orden). **b)** *Admisión y exclusión en mercados secundarios* (art. 48 de la Orden).

V. OTRAS OBLIGACIONES. OTRAS NORMAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA Y ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR. I. SEGUIMIENTO DE LAS INVERSIONES. **II.** JUNTA DE INVERSIONES EXTERIORES. **III.** SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE LIBERALIZACIÓN. **IV.** INVERSIONES QUE SE SOMETEN A AUTORIZACIÓN PREVIA. **1.** Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional. **2.** Adquisiciones de inmuebles de destino diplomático de Estados no miembros de la Unión Europea. **V.** OTROS ASPECTOS DEL REAL DECRETO REGULADOR DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. **1.** Sanciones para caso de infracciones de las normas del Real Decreto. **2.** Otras normas de interés.

BREVE REFERENCIA A LAS LIMITACIONES A LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES Y AL EJERCICIO DE CIERTAS FACULTADES SOBRE LOS MISMOS POR RAZÓN DE DEFENSA NACIONAL. I. ZONAS DE SEGURIDAD. **II.** ZONAS ESTRATÉGICAS. **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. **III.** ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL. **IV.** ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE BALEARES. **1.** Personas físicas y jurídicas de nacionalidad española o comunitaria. **2.** Personas físicas o jurídicas de nacionalidad que no sea española ni de ningún país miembro de la Unión Europea.

LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS INVERSIONES EXTERIORES. INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA

El Real Decreto n.º 664, de 23 de abril de 1999, sobre inversiones exteriores (BOE de 4 de mayo de 1999, con entrada en vigor a los veinte días de su publicación, al no establecer plazo especial de vacación), deroga el RD 671/1992, de 2 de julio y procede a una nueva regulación de las inversiones extranjeras en España y de las inversiones españolas en el exterior, a las que califica genéricamente como “inversiones exteriores”. Dicha disposición se complementa con la Orden del Ministerio de Economía de 28 de mayo de 2001 (con entrada en vigor el 1 de julio de 2001) (en lo sucesivo me referiré a ella diciendo simplemente “Orden”), por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización, la cual deroga expresamente las Resoluciones de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 6 y 7 de julio de 1992 sobre procedimiento de tramitación y registro de las inversiones extranjeras en España y españolas en el exterior respectivamente.

El Real Decreto está dividido en tres Capítulos que tratan respectivamente del régimen de las inversiones extranjeras en España, de las inversiones españolas en el exterior y de Disposiciones comunes, seguidos de tres Disposiciones adicionales, una transitoria, otra derogatoria, y tres Disposiciones finales.

La Orden está dividida en tres Títulos subdivididos en Capítulos. Los Títulos se refieren respectivamente a Normas generales de inversiones exteriores, Procedimientos de declaración de las inversiones extranjeras en España y Procedimientos de declaración de las inversiones españolas en el exterior. Sigue una Disposición derogatoria y tres Disposiciones finales.

Y en fin, citaremos la Resolución de la Dirección General de Comercio e Inversiones (en adelante DGCI) de 21 de febrero de 2002 (BOE de 15 de marzo de 2002) que deroga y sustituye a la Resolución de 28 de mayo de 2001, por la que se aprueban los modelos impresos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es el inversor o la empresa con participación extranjera, así como la Resolución también de dicha DGCI de 31 de mayo de 2001, por la que se dictan instrucciones para la presentación por los intermediarios financieros de las declaraciones de inversiones extranjeras en valores negociables cotizados en mercados españoles y de inversiones españolas en valores negociables cotizados en mercados extranjeros.

Las novedades más importantes del Real Decreto, aparte de su evidente cortedad, son:

— La de añadir a la enumeración de sujetos inversores extranjeros la categoría de las entidades públicas de soberanía extranjera.

— Suprimir la norma que se contenía en el artículo 2.5 del RD 671/1992, en virtud de la cual se consideraban inversiones extranjeras las realizadas por sociedades españolas con participación extranjera en su capital, así como las sucursales y establecimientos en España de no residentes, mediante la constitución de sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones de las mismas.

— Suprimir la clasificación de las inversiones limitándose a enumerar unas operaciones sujetas a declaración.

— Eliminar, en términos generales, como categoría sujeta a las normas de dicho Real Decreto sobre declaraciones previas y posteriores, la adquisición de inmuebles cuando el importe de la adquisición no exceda de unas determinadas cantidades (500.000.000 ptas. –3.005.060,52 €– para las inversiones extranjeras en España y 250.000.000 ptas. –1.502.530,26 €– para las españolas en el exterior).

— Eliminar igualmente los préstamos-inversiones extranjeras antes considerados como inversiones directas.

— Suprimir el trámite de verificación en todo caso, sustituyéndolo en algunos supuestos por el requisito de la declaración previa.

— Suprimir el trámite de la autorización previa en términos generales, aunque subsiste alguna excepción según veremos.

— Y suprimir la necesidad, en todo caso, de formalización de la inversión por fedatario público español, salvo que para la operación concreta exigiera el ordenamiento jurídico tal requisito formal.

Veamos ahora brevemente el régimen de estas inversiones extranjeras en España.

I. Sujetos de la inversión extranjera

Pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España:

a) Las personas físicas no residentes en España entendiéndose por tales los españoles o extranjeros, domiciliados en el extranjero o que tengan allí su residencia principal.

b) Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, así como las entidades públicas de soberanía extranjera (art. 2.1).

La inclusión de las “entidades públicas de soberanía extranjera” entre los sujetos de inversión con carácter general es una importante novedad, junto con la poca importancia que se da a las inversiones en inmuebles.

En este tema relativo a las inversiones por entes públicos extranjeros conviene recordar la evolución legislativa:

En la Ley de Inversiones Extranjeras, Texto refundido aprobado por Decreto 3071, de 31 octubre de 1974, en el artículo 1.º de la LIE de 1974 no figuraban las personas jurídicas públicas en el concepto de inversores extranjeros. Tampoco en el artículo 1.º de su Reglamento al definir quién puede ser sujeto de la inversión. En su Disposición adicional 2.ª se disponía que los Gobiernos y todas aquellas entidades oficiales de soberanía extranjera necesitarán autorización especial para poder realizar inversiones de capital extranjero en España, y en el párrafo segundo permitía que el Gobierno español concediera la autorización cuando exista régimen de reciprocidad diplomática o no suponga la participación extranjera un control efectivo de la empresa o sociedad española. Preceptos estos que se desarrollaron por las DDAA 2.ª y ss. del Reglamento de Inversiones extranjeras aprobado por Decreto 3022, de 31 de octubre de 1974, en la redacción que a tales Disposiciones le dio el Real Decreto 2619/1978, de 29 de septiembre.

En la siguiente Ley de Inversiones Extranjeras, Texto articulado por RD legislativo 1265/1986, de 27 de junio, en su artículo 1.º al definir al sujeto de la inversión, no figuran los entes públicos en el concepto de inversor extranjero. En su DA tercera, reproducía el párrafo primero de la DA 2.ª de la Ley de 31 de octubre de 1974. Pero después, en la DA 9.ª de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, se añadió a la DA 3.ª de la Ley de Inversiones extranjeras la excepción de que “Esta norma no será aplicable a Gobiernos y Entidades oficiales de soberanía de Estados miembros de la CEE”. Por otro lado, se excepcionó en el artículo 20 la aplicación de lo dispuesto en los sectores de regulación específica a los residentes en un Estado miembro de la CEE, salvo por lo que se refiere a las actividades de producción o comercio de armas o relativas a materias de defensa nacional, modificando a tal efecto el mencionado artículo. Pero sigue sin comprender a los entes públicos en el concepto de inversor extranjero.

En el Reglamento de esta Ley, aprobado por RD 2077/1986, de 25 de septiembre, se reproduce el párrafo primero de la DA 2.ª de la primitiva Ley de 1974, explicando, al igual que lo hacía la DA 2.ª del Reglamento de 1974, qué se entendía por Gobiernos y entidades oficiales de soberanía extranjera. Naturalmente que ya estos preceptos habían de interpretarse de conformidad con la reforma introducida en la LIE de 1986 por la Ley de Presupuestos de 27 diciembre 1990. Pero tampoco figuraban los entes públicos en el concepto de inversores extranjeros.

La Ley 18/1992, de 1 de julio, de inversiones extranjeras, se limita a fijar los sectores de regulación específica y aclara que lo dispuesto acer-

ca de los mismos no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la CEE, salvo por lo que se refiere a las actividades de producción o comercio de armas o relativas a material de defensa nacional. Y a determinar que reglamentariamente se podrá establecer un régimen especial de relación con el desarrollo por extranjeros de actividades que participen, incluso a título personal, en el ejercicio de autoridad pública. Asimismo, se podrá establecer reglamentariamente un régimen especial en relación con el régimen de extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud pública. Pero nada sobre el concepto de inversor extranjero.

El Reglamento aprobado por RD 671/1992, de 2 de julio, define al sujeto de la inversión extranjera en su artículo 2, y no incluye en el concepto de inversor extranjero a los entes públicos extranjeros. En su Disposición Adicional 1.^a, apartados 2 y 3 dispone:

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

Las inversiones que efectúen los Gobiernos y Entidades de soberanía extranjera pertenecientes a Estados no comunitarios, bien directamente, bien a través de sociedades o entidades domiciliadas en la Comunidad Económica Europea pero controladas directa o indirectamente por aquéllos, necesitarán autorización especial del Consejo de Ministros, salvo que en virtud de tratados internacionales suscritos y ratificados por España se encuentren liberalizadas (ap. 3).

Podríamos resumir la legislación anterior diciendo que los entes públicos no se consideraban incluidos en el concepto de titulares de inversiones extranjeras. La reglamentación de estas inversiones no estaba pensada para ellos, lo que no obstaba a la posibilidad de que pudieran en casos concretos invertir, con autorización administrativa si se tratase de entes públicos no comunitarios, y sin necesidad de autorización, pero cumpliendo los mismos requisitos en general que para las personas jurídicas privadas extranjeras, si se tratase de entes públicos de los Estados miembros de la CEE.

Ahora, en cambio, se han abierto las puertas a toda clase de inversiones de toda clase de entes públicos o personas jurídicas públicas, de cualquier país. Resulta un tanto paradójico que ahora, precisamente cuando el Gobierno aborda la privatización de las empresas públicas estatales, sea cuando se permita crear empresas públicas en España pero de Estados o Entes de soberanía extranjera.

La regulación actual puede originar más de una complicación en la

práctica. Y ello a pesar de ciertas medidas normativas para prevenir inversiones públicas en empresas privatizadas. Así ha ocurrido con la frustrada fusión de Telefónica con la empresa pública holandesa KPN, en la que el Gobierno español advirtió que ejercitaría su derecho de veto negando la autorización (la llamada “acción de oro”) que ha dado lugar, según noticias de prensa, a que la Comisión Europea haya presentado una demanda contra España ante el Tribunal de Justicia Comunitario de Luxemburgo, por entender que el mecanismo de la llamada “acción de oro” (“golden share”) restringe la libre competencia y en consecuencia infringe el Tratado de Roma. Más adelante reaparecen los problemas con la pretensión de empresas públicas extranjeras de lograr el control de “Hidrocantábrico”. Según noticias periodísticas, parece que se hallan interesadas la alemana EnBW, la francesa EDF (esta última controla ya el 35 por 100 de la alemana), y la portuguesa EDP, y que ya ha advertido el Ministro de Economía que el Gobierno sólo autorizará la entrada de capital público extranjero en Hidrocantábrico si Francia y Portugal garantizan la interconexión eléctrica con España (*ABC. Economía*, de 6 de mayo de 2001, en artículo de José Antonio Navas).

Pero si la llamada “acción de oro” estuviera pensada para los supuestos de entrada de capital público extranjero en las empresas ahora privatizadas, ¿cómo explicar la posibilidad que concede el Gobierno en su Decreto regulador de las inversiones extranjeras, de que entre el capital público extranjero en empresas españolas o, dicho con palabras del Decreto, de que los entes públicos de soberanía extranjera puedan adquirir acciones o participaciones de sociedades españolas o constituir en España empresas públicas con plena libertad a salvo el cumplimiento de las normas de régimen específico de nuestro ordenamiento? Se me dirá que son exigencias de las normas comunitarias, se me dirá que las normas privatizadoras de empresas estatales españolas tienen previsto específicamente el derecho de veto, mejor dicho la necesidad de obtener previa autorización para ciertas operaciones (1). Pero aparte de que esta posi-

(1) La Ley 5/1995, de 24 de febrero, sobre régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, establece la posibilidad de someter al régimen de autorización administrativa previa la enajenación de participaciones de determinadas sociedades en la que el Estado tenga una participación superior al 35 por 100 y en que además concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1.º de dicho RD.

El régimen de autorización administrativa será procedente: según su artículo 2.º:

Cuando en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación, de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por 100.

Cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital social.

bilidad es temporal, entraña, según hemos visto, algunas dificultades en relación con los criterios acertados o no acertados, hasta ahora manteni-

Concurriendo alguno de estos presupuestos, el artículo 3.º permite que por RD se sometan al trámite de autorización previa una serie de operaciones, no sólo de enajenación sino otras como por ejemplo, la disolución o la fusión.

Pues bien, se han sometido a este requisito de previa autorización:

I. POR RD 3/1996, DE 15 DE ENERO: "Repsol, Sociedad Anónima". "Repsol Petróleo, Sociedad Anónima". "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, Sociedad Anónima". "Repsol Butano, Sociedad Anónima". "Petróleos del Norte, Sociedad Anónima". "Repsol Investigación Petrolíferas, Sociedad Anónima". "Repsol Exploración Alga, Sociedad Anónima".

Según su artículo 2.º:

1. Los acuerdos sociales sujetos al régimen de autorización administrativa previa son los siguientes:

- a) Disolución voluntaria, escisión o fusión.
- b) Sustitución de objeto social.
- c) Enajenación o gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de los activos, partes o cuotas indivisas de los mismos incluidos en el anexo II de este Real Decreto de que sean titulares cualquiera de las entidades a las que sea de aplicación este Real Decreto.
- d) Enajenación o gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de acciones o títulos representativos del capital de que sea titular "Repsol, Sociedad Anónima", en cualquiera de las restantes entidades incluidas en el anexo I de este Real Decreto.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se equiparan a las acciones cualesquiera otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de las mismas.

2. Queda igualmente sometida al régimen de autorización administrativa previa en los términos y con las consecuencias previstas en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y en el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, la adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de acciones de "Repsol, Sociedad Anónima", o de cualquiera de las restantes entidades incluidas en el anexo I de este Real Decreto u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social correspondiente.

Según el artículo 5.º el régimen de autorización administrativa tendrá una vigencia de diez años a contar desde que la participación pública en las entidades antes mencionadas quede reducida al 15 por ciento de su capital social.

Y en fin los activos a que se refiere el artículo 2.1.c) son los siguientes:

Reservas petrolíferas o de gas localizadas en el territorio nacional.

Instalaciones de refino localizadas en el territorio nacional.

Instalaciones de almacenamiento de gas natural.

Instalaciones de almacenamiento de productos petrolíferos y oleoductos.

Instalaciones de envasado de gas licuado del petróleo (GLP), así como de almacenamiento de producto en bruto, de capacidad superior a 5.000 toneladas.

El régimen de autorización administrativa tendrá una vigencia de diez años a contar desde que la participación pública en las entidades antes mencionadas quede reducida al 15 por ciento de su capital social.

II. POR RD 8/1997, DE 10 DE ENERO: TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA Y TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES SA.

Según su artículo 2.º:

dos por órganos comunitarios. Y además subsiste en todo caso esa posible adquisición de acciones en empresas antes públicas españolas una vez

1. Los acuerdos sociales sujetos al régimen de autorización administrativa previa son los siguientes:

- a) Disolución voluntaria, escisión o fusión.
- b) Sustitución de objeto social.
- c) Enajenación o gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de los activos, partes o cuotas indivisas de los mismos incluidos en el anexo II de este Real Decreto de que sean titulares cualquiera de las entidades incluidas en el anexo I.
- d) Enajenación o gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de acciones o títulos representativos del capital de que sea titular Telefónica de España, Sociedad Anónima, en la entidad incluida en el anexo I de este Real Decreto.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se equiparan a las acciones cualesquiera otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de las mismas.

2. Queda igualmente sometida al régimen de autorización administrativa previa en los términos y con las consecuencias previstas en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y en el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, la adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de acciones de Telefónica de España, Sociedad Anónima, o de la entidad incluida en el anexo I de este Real Decreto u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social correspondiente.

Duración de este régimen según su artículo 5.º: 10 años desde que la participación pública queda reducida a un porcentaje inferior al 15 por ciento de su capital.

Y en fin los activos a que se refiere el artículo 2.1.c) son:

1. Conjunto ordenado de equipos y portadores de comunicación y la infraestructura asociada, siempre que aquéllos estén en territorio español y formen parte de cualquiera de las siguientes categorías:

- a) Cable coaxial.
- b) Cable de fibra óptica.
- c) Cable interurbano de pares.
- d) Redes de abonado.
- e) Conexiones entre nudos secundarios de Madrid y Barcelona.
2. Centrales de tránsito y edificios que las albergan.
3. Centrales internacionales y edificios que las albergan.
4. Cables submarinos.
5. Participaciones en sociedades o consorcios dedicados a la explotación de satélites o cables submarinos.
6. Estaciones terrenas de satélites.
7. Estaciones costeras de amarre de cables submarinos.

III. POR RD 482/1999, DE 18 DE MARZO: "INDRA SISTEMAS SA", "INDRA EWS SA", "INDRA EMAC SA", "INDRA ESPACIO SA".

Según su artículo 2.º:

1. Los acuerdos sociales sujetos al régimen de autorización administrativa previa, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 5/1995, son los siguientes:

- a) Disolución voluntaria, escisión o fusión de las empresas referidas en el anexo.
- b) Sustitución de objeto social.
- c) Enajenación o gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de los activos, materiales o inmateriales, partes o cuotas indivisas de los mismos que, bajo cualquier forma

transcurridos los plazos de duración del régimen de las llamadas “acciones de oro” y subsiste en todo caso la creación de empresas públicas extranjeras en nuestro territorio.

de titularidad, están siendo utilizados por cualquiera de las entidades a las que sea de aplicación este Real Decreto, siempre que los mismos estén incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 1 de este Real Decreto.

d) Enajenación o gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de acciones o títulos representativos del capital de que sea titular “Indra Sistemas, Sociedad Anónima” en cualquiera de las sociedades del anexo de este Real Decreto, cuando los mismos puedan llevar aparejados efectos equivalentes a los referidos en el párrafo c) del presente apartado.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se equiparan a las acciones cualesquiera otros títulos-valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de las mismas.

e) En todo caso la enajenación de activos a que se refiere el artículo 1 del presente Real Decreto, tanto de la propia “Indra Sistemas, Sociedad Anónima”, como de las filiales a que se refiere el anexo, siempre que afecte a más de un 10 por 100 de los activos totales consolidados del grupo Indra, según su último Balance aprobado por la Junta general.

2. Queda igualmente sometida al régimen de autorización administrativa previa la adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de acciones de “Indra Sistemas, Sociedad Anónima”, o de cualquiera de las restantes entidades incluidas en el anexo de este Real Decreto u otros títulos-valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social correspondiente, o permitan a un determinado accionista o grupo de accionistas definidos conforme al artículo 42 del Código de Comercio superar dicho porcentaje. Asimismo, la adquisición de acciones por parte de cualquier accionista o grupo de accionistas que ya posean un 10 por 100 del capital social correspondiente requerirá idéntica autorización.

Plazo de duración de este régimen según su artículo 5.º: cinco años prorrogables por dos años desde la fecha en que se haya reducido la participación del Estado a un porcentaje inferior al 50 por 100.

IV. Por RD 929/1999, de 14 de mayo: “Endesa Sociedad Anónima”, “Endesa Generación, Sociedad Anónima”, “Endesa Distribución, Sociedad Anónima”, “Endesa Energía, Sociedad Anónima”, “Endesa Diversificación, Sociedad Anónima”, “Endesa Internacional, Sociedad Anónima”, “Fecsa-Enher I, Sociedad Anónima”, “Eléctricas Reunidas de Zaragoza I, Sociedad Anónima”, “Electra del Viesgo I, Sociedad Anónima”, “Compañía Sevillana de Electricidad I, Sociedad Anónima”, “Unión Eléctrica de Canarias I, Sociedad Anónima”, “Gas y Electricidad I, Sociedad Anónima”, “Fecsa-Enher II, Sociedad Anónima”, “Eléctricas Reunidas de Zaragoza II, Sociedad Anónima”, “Electra de Viesgo II, Sociedad Anónima”, “Compañía Sevillana de Electricidad II, Sociedad Anónima”, “Unión Eléctrica de Canarias II, Sociedad Anónima”, “Gas y Electricidad II, Sociedad Anónima”, “Empresa Eléctrica de Córdoba, Sociedad Anónima” (ENECO), “Empresa Carbonífera del Sur, Sociedad Anónima” (ENCASUR), “Carboex, Sociedad Anónima”, “Grupo Eléctrico de Telecomunicaciones, Sociedad Anónima” (GET).

(La redacción de este Anexo procede de la Orden de 4 febrero de 2000).

Según el artículo 2.º del RD 929/1999:

1. Quedan sometidos al régimen de autorización administrativa previa, en los términos y con las condiciones previstas en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y en el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, los actos y acuerdos sociales de adquisición directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de “Endesa, Sociedad Anóni-

Téngase presente que en la Ley de acompañamiento a la de los Presupuestos Generales del Estado para 2000, en su DA 27.^a, bajo la rúbrica “participaciones públicas en el sector energético” (2) se ha seguido

ma” y de las sociedades incluidas en el Anexo del presente Real Decreto u otros valores, títulos o derechos que puedan dar derecho, directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquéllas cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 5 por 100 del capital de “Endesa, Sociedad Anónima”, o el 10 por 100 del resto de sociedades que se relacionan en el anexo del presente Real Decreto.

2. Quedan, igualmente, sujetos al régimen de autorización administrativa previa, los actos y acuerdos sociales de enajenación o gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de las acciones o títulos representativos del capital de que sea titular “Endesa, Sociedad Anónima”, en cualquiera de las restantes sociedades relacionadas en el anexo del presente Real Decreto. A estos efectos se equiparan a las acciones, cualesquiera otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de las mismas.

3. Quedan, además, sometidos al régimen de autorización administrativa previa los acuerdos sociales de “Endesa, Sociedad Anónima”, y de las demás sociedades incluidas en el anexo, de disolución voluntaria, escisión o fusión.

Duración de este régimen según su artículo 5.º: 10 años desde que la participación pública quede reducida a un porcentaje inferior al 50 por 100.

V. POR RD 67/2000, DE 21 ENERO: TABACALERA SA fija el plazo de duración del régimen de autorización hasta el 5 octubre de 2000.

(2) La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, conocida como Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos del Estado para el año 2000, en su DA 27.^a dispone:

1. Las entidades y personas de naturaleza pública y las entidades de cualquier naturaleza, participadas mayoritariamente o controladas en cualquier forma por entidades o Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que directa o indirectamente tomen el control o adquieran participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a dichas participaciones.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad del adquirente de informar a la Secretaría de Estado de Industria y Energía de la toma de control o adquisición que se haya efectuado, con especial referencia a las características y condiciones de la adquisición.

3. En el supuesto en que la Secretaría de Estado de Industria y Energía sea informada, instruirá un expediente, de conformidad con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, en el que informará preceptivamente la Comisión Nacional de Energía.

La propuesta de resolución será elevada al Consejo de Ministros previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el Ministerio de Industria y Energía.

El Consejo de Ministros podrá resolver reconociendo o no el ejercicio de los derechos políticos correspondientes, o sometiendo el ejercicio de los mismos a determinadas condiciones en atención, entre otros, a los principios de objetividad, reciprocidad, transparencia, equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y sistemas energéticos.

La falta de resolución en el expediente iniciado como consecuencia de la información que en su caso efectúe la entidad o persona adquirente de la participación significativa en ningún caso permitirá el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las mismas.

una fórmula, según la cual los entes públicos o personas por ellos controladas que directa o indirectamente tomen el control o adquieran participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos, no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a dichas participaciones. En los párrafos siguientes se prevé un mecanismo que en definitiva puede considerarse encubre la necesidad de autorización aunque la palabra no se utilice, quizá por el temor a enfrentarse con normas u organismos comunitarios. No se exige la autorización, pero si invierte sin ella, la inversión carecerá de derechos políticos, no podrán los entes inversores ejercer derechos políticos en la sociedad destinataria de la inversión, y por tales derechos habrá que considerar al menos el derecho de voto y el derecho a elegir y ser elegido para desempeñar puestos en los órganos de gobierno de la sociedad.

Lo cierto es que ya se ha hecho aplicación de tal DA, y en relación con Hidrocantábrico, y según noticia de *ABC* de 8 de mayo de 2001, Ferroatlántica, participada entre otras por la alemana EnBW, y Adygesinval participada por la portuguesa EDP, entre otra, comunicaron al Ministerio de Economía la adquisición de sus participaciones en Hidrocantábrico a consecuencia de las Opas que formularon, habiéndose abierto el correspondiente expediente. Únase a lo expuesto la participación que tiene la francesa EDF.

“Las personas físicas de nacionalidad española y las personas jurídicas domiciliadas en España se presumirán residentes en España salvo prueba en contrario” (art. 2.2).

De ahí que tales personas no necesitarán acreditar su condición de residentes en España. Ello se entenderá sin perjuicio de la necesidad de acreditar, cuando así sea necesario, el Número de Identificación Fiscal de las personas físicas o jurídicas españolas residentes en España (art. 3.2 Orden de 28 de mayo de 2001).

“El cambio de domicilio social de personas jurídicas o el traslado de residencia de personas físicas determinarán el cambio en la calificación de una inversión como española en el exterior o extranjera en España.

La anterior resolución del Consejo de Ministros se entenderá sin perjuicio de las autorizaciones que resulten pertinentes en virtud del ordenamiento jurídico vigente.

4. A los efectos de la presente disposición se considerarán participaciones significativas aquellas que directa o indirectamente alcancen al menos el 3 por 100 del capital o de los derechos de voto de la sociedad.

5. Se entenderá que existe una relación de control a los efectos de esta disposición siempre que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

6. Lo dispuesto en la presente disposición será igualmente de aplicación a las operaciones que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor del mismo.

El procedimiento de declaración de las inversiones derivadas del cambio de domicilio o residencia se establecerá en las normas de desarrollo del Real decreto” (art. 12).

El cambio de domicilio social de las personas jurídicas o el traslado de residencia de las personas físicas que impliquen una modificación en su condición de residente o no residente en España determinará el cambio en la calificación de una inversión como española en el exterior o extranjera en España y, por tanto, determinará la obligación de presentar al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía las declaraciones correspondientes.

Cuando una persona física o jurídica residente pase a ser no residente, las inversiones que tuviese en España adquirirán la condición de inversiones extranjeras en España. De igual modo, las inversiones que tuviese en el extranjero, dejarán de considerarse inversiones españolas en el exterior.

Cuando una persona física o jurídica no residente adquiera la condición de residente, las inversiones que tuviese en España, perderán su condición de extranjeras en España. De igual modo, las inversiones que tuviese en el extranjero pasarán a ser inversiones españolas en el exterior.

Los supuestos de adquisición o pérdida de la calificación de inversión española en el exterior o de inversión extranjera en España por cambio de residencia o de domicilio social del titular, se declararán al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía, según el procedimiento establecido en la presente Orden aplicable a la operación de que se trate.

Dichas declaraciones deberán efectuarse en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha de formalización de la nueva residencia.

La acreditación de la nueva residencia se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Orden y se acompañará a la correspondiente declaración de inversión o de su liquidación.

No obstante lo indicado, las inversiones extranjeras en valores negociables se registrarán, en cuanto a plazo y forma de acreditación, por lo dispuesto en el título II, capítulo IV de la Orden.

Igualmente, las inversiones españolas en el exterior que se declaren a través de entidad depositaria se registrarán por lo dispuesto en el título III, capítulo IV de la Orden. Los declarantes directos de estas inversiones comunicarán el cambio de residencia mediante escrito acompañado de la acreditación de la nueva residencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Orden (art. 4 de la Orden).

“Las condiciones de residente y de no residente se acreditarán en la forma prevista en los apartados 3 y 4 del RD 1816/1991 de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior” (art. 1.4). Según dichos apartados:

“3. *La condición de residente en España deberá acreditarse de la siguiente forma:*

“a) Las personas físicas de nacionalidad extranjera, mediante la tarjeta o carné individual de autorización de residencia o cualquier otro documento público en el que conste la concesión de la autorización de residencia por el Ministerio del Interior.”

Actualmente el documento se llama “*Tarjeta de extranjero*” y está regulada por Orden de 7 de febrero de 1997. Unifica las diversas tarjetas de identificación, permisos o autorizaciones de residencia antes existentes para los extranjeros. Si bien los documentos anteriores que se hayan expedido hasta la total implantación de la Tarjeta de extranjero, conservarán su validez hasta la fecha de su caducidad. Aunque el tamaño es el mismo en todos ellos, el color de fondo de la tarjeta es distinto. Así:

Rojo para la concesión de Permiso de Residencia, cualquiera que sea el tipo o naturaleza del mismo.

Verde para la concesión de Permiso de Residencia y Trabajo, cualquiera que sea el tipo o naturaleza del mismo.

Naranja para la concesión de Tarjeta de Estudiante (la obtención de esta tarjeta no supone autorización de residencia).

Azul para las personas incluidas en el Régimen Comunitario.

Morado para las personas a las que se les haya reconocido la condición de refugiado mediante la concesión del Derecho de Asilo.

Negro para la concesión de Trabajador Fronterizo (no supone la autorización de residencia).

La *tarjeta de extranjero es medio válido de identificación* a efectos notariales, con la consiguiente acreditación de su permanencia legal en España. El artículo 1.º.2 de la Orden de 7 de febrero de 1997, dice de la Tarjeta de extranjero que:

“Dicha Tarjeta acredita la permanencia legal de los extranjeros en España, su identificación y que se ha concedido, de acuerdo con la normativa vigente, la autorización o reconocido el derecho para permanecer en territorio español por un tiempo superior a tres meses.”

Siendo la tarjeta de extranjero medio válido de identificación, es lógico que deba exhibirla. Así se desprendía de lo dispuesto en el antiguo artículo 72.1 del Reglamento de extranjería aprobado por RD 119/1986, de 26 de mayo, y del artículo 4.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Y así se desprende actualmente del artículo 59.3 del Reglamento aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ambas sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su in-

tegración social, y del artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de seguridad ciudadana. Según este último, “los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes”, pudiendo ser requerida su identificación a tenor del artículo 20.1 de dicha norma, y así lo recuerda la STC de que luego hablaré. No hay excepción a este deber de identificación por razón del color de la piel, debiendo ser atendido cuando sea requerido para ello por la autoridad o sus agentes, que por su parte actuarán con toda corrección al solicitarla, de forma proporcionada respetuosa y cortés, y en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo. Digo esto porque el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 13/2001, de 29 enero 2001, ha tenido que pronunciarse en un caso ocurrido el 6 de diciembre de 1992 en la estación de Valladolid, en que se pidió a una señora de raza negra que se identificase, a lo que se negó y en consecuencia fue conducida a las dependencias policiales; no se había pedido la identificación del esposo de dicha señora que le acompañaba y que era de raza blanca. Después presentó una denuncia, pidiendo una indemnización de cinco millones de pesetas, por considerar que la petición de identificación era discriminatoria por razón del color de su piel. La cuestión llegó hasta el Tribunal Constitucional, que en la sentencia citada niega el amparo.

La Orden de 19 de noviembre de 1997 regula los permisos de residencia de las personas desplazadas (permisos de residencia por circunstancias excepcionales).

“Nada obstará a la condición de residente de la persona física extranjera, a efectos de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, y del presente Real Decreto, mientras dure su autorización de residencia, el que tenga además domicilio en el extranjero. En tal caso se entenderá que tiene su residencia principal en España, salvo que hubiera hecho devolución del carné o tarjeta de autorización de residencia”.

“b) Los *establecimientos y sucursales en territorio español* de personas jurídicas extranjeras o de personas físicas residentes en el extranjero, mediante cualquier documento público en el que consten los datos correspondientes a su constitución, de acuerdo con la legislación española, o certificado de inscripción en el Registro Mercantil.

“c) Las *personas físicas de nacionalidad española y las personas jurídicas domiciliadas en España* se presumirán residentes en España salvo prueba en contrario.

“4. *La condición de no residente* deberá acreditarse de la siguiente forma:

“a) Las *personas físicas españolas*, mediante certificación de la autoridad consular española expedida con una antelación máxima de dos meses, que acredite su inscripción en el Registro de Matrícula del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.”

Cuando se trate de personas físicas españolas y no sea posible obtener la certificación de la autoridad consular española a que se refiere la letra a) del artículo 2.4 del citado Real Decreto 1816/1991, ya sea porque no hay previa inscripción o por cualquier otra circunstancia, la acreditación de la condición de no residente se realizará, por razones de urgencia, mediante la presentación de fotocopia del pasaporte o documento nacional de identidad y declaración escrita de su condición de no residente, a los que se añadirán cualesquiera otros medios de prueba admitidos en derecho presentados por los interesados.

En estos supuestos, cuando se trate de personas físicas españolas residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o en otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, bastará con la presentación de fotocopia de la tarjeta de residencia de nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o documento equivalente, así como declaración escrita de su condición de no residente en España.

En todo caso, el inversor deberá obtener la certificación de la autoridad consular española y remitir a la Dirección General de Comercio e Inversiones copia sellada administrativamente de la misma, tan pronto como sea obtenida y siempre en un plazo no superior a un mes a contar desde la fecha de notificación de la certificación (art. 3.1.a, Orden 28 de mayo de 2001, en lo sucesivo la citaré como “Orden”).

“b) Las *personas físicas extranjeras*, mediante certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio del Interior con antelación máxima de dos meses.”

Cuando se trate de personas físicas extranjeras y no se disponga de la certificación negativa de residencia a que se refiere la letra b) del artículo 2.4 del Real Decreto 1816/1991, en el momento de efectuar la declaración se podrá, por razones de urgencia, presentar declaración escrita manifestando la condición de no residente acompañada de fotocopia del pasaporte u otro documento que acredite su nacionalidad extranjera.

En todo caso, el inversor deberá obtener la certificación negativa de residencia del Ministerio del Interior y remitir a la Dirección General de Comercio e Inversiones copia sellada administrativamente de la misma, tan pronto como sea obtenida y siempre en un plazo no superior a un mes a contar desde la fecha de notificación de la certificación (art. 3.1.b, Orden).

Las personas físicas españolas o extranjeras a que se refieren los apartados anteriores, podrán acreditar la no residencia mediante certificación

o escrito bancario que acredite que los importes destinados al pago de la inversión proceden de una cuenta de no residente abierta en una oficina operante en España de una entidad de depósito inscrita en los Registros Oficiales del Banco de España (en adelante, "Entidades registradas") a nombre del titular de la inversión. Dicha acreditación podrá tener reflejo en la diligencia bancaria de conformidad del cheque si se utilizase este medio de pago (art. 3.1.c, Orden).

"c) Las *personas jurídicas* domiciliadas en el extranjero, mediante documento fehaciente que acredite su naturaleza y domicilio.

La Orden tan sólo exige que el documento fehaciente acredite su domicilio (art. 3.1.d Orden).

"d) Las *sucursales y establecimientos en el extranjero* de personas jurídicas españolas o de personas físicas residentes en España, mediante certificación del Cónsul español correspondiente de que se hallan constituidos en el país de que se trate.

"e) El *personal diplomático español* acreditado en el extranjero y el personal español que, sin tener la anterior condición, preste servicios en Embajadas y Consulados españoles, así como en Organizaciones Internacionales, mediante pasaporte diplomático o certificación del Jefe de Misión, Cónsul o autoridad competente de la Organización correspondiente en los que conste tal situación.

"f) Los *diplomáticos extranjeros acreditados en España* y el personal extranjero que preste servicios en Embajadas y Consulados extranjeros o en Organizaciones internacionales en España, mediante tarjeta de identidad expedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores."

Con carácter general, la Orden dispone que la acreditación de la condición de no residente o residente en España *sólo será necesaria al declarar*, de acuerdo con las normas establecidas en el Real Decreto 664/1999 y en la presente Orden, la *primera operación de inversión exterior*.

Las declaraciones correspondientes a sucesivas operaciones de inversión no requerirán, por tanto, la acreditación de tal condición (art. 1.3, Orden).

II. Liberalización de las inversiones

Están liberalizadas en general las inversiones extranjeras en España y las españolas en el exterior, así como su liquidación, independientemente del acto de disposición por el que se realicen, siempre que se ajusten a lo dispuesto en el Real Decreto y sus normas de desarrollo (art. 1.1).

Sin embargo, tal liberalización se entiende sin perjuicio de los regímenes especiales que afecten a las inversiones extranjeras en España, establecidos en legislaciones sectoriales específicas, y, en particular, en

materia de transporte aéreo, radio, minerales y materias primas minerales de interés estratégico y derechos mineros, televisión, juego, telecomunicaciones, seguridad privada, fabricación, comercio o distribución de armas y explosivos, de uso civil y actividades relacionadas con la Defensa nacional (art. 1.2.I).

En los supuestos anteriores, las inversiones se ajustarán a los requisitos exigidos por los órganos administrativos competentes fijados en dichas normas. Una vez cumplidos los requisitos dispuestos en la mencionada legislación sectorial, deberá estarse a lo dispuesto en el Real Decreto (art. 1.2.II).

La referencia que se hace a esa “legislación sectorial” no debe entenderse hecha a efectos de control de cambios o de inversiones. Lo que quiere la norma es que los requisitos que se exigieren en la repetida legislación sean observados, ya que la presente regulación con la liberalización que decreta, no afecta para nada al cumplimiento de los demás requisitos que pueden rodear a cualquier inversión aunque no sea inversión extranjera, esto es, tanto si el sujeto es inversor extranjero como si es inversor doméstico. De otro modo no tendría sentido la referencia que hace a “derechos mineros” en general, ya que en general los preceptos de la Ley de Minas que afectaban o suponían limitaciones a la inversión extranjera fueron en su día derogados. Y tampoco tendría sentido la suspensión del régimen de liberalización ordenada en el artículo 11 para las actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional, someténdolas a ciertas limitaciones, que luego veremos, si éstas ya se estimasen impuestas por la simple referencia a esa legislación sectorial que se hace en el artículo 1.2.II.

Pero además, la *lista de sectores de regulación específica*, a efectos de inversiones extranjeras, o para ser más exactos, “en materia de derecho de establecimiento” se halla fijada por ley, concretamente por la Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España, y en su artículo único dispone:

“1. A efectos de las inversiones extranjeras en España constituyen sectores con regulación específica en materia de derecho de establecimiento los siguientes:

Juego.

Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.

Televisión. Radio. Transporte Aéreo.

2. Lo anterior no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, salvo por lo que se refiere a las actividades de producción o comercio de armas o relativas a materias de defensa nacional.

3. Reglamentariamente se podrá establecer un régimen especial en relación con el desarrollo por extranjeros de actividades que participen, incluso a título personal, en el ejercicio de autoridad pública. Asimismo, se podrá establecer reglamentariamente un régimen especial en relación con el régimen de extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud pública.”

Dicha ley no ha sido derogada.

Ahora me interesa destacar que la regla general es la de la liberalización, y sólo en casos excepcionales que veremos se requiere la previa autorización.

III. Cobros y pagos derivados de las inversiones exteriores

La idea general es que cualquier medio de pago está liberalizado, como liberalizada está la inversión que lo origina. Cualquier medio de pago es lícito.

Las inversiones exteriores podrán realizarse mediante cualquier forma de aportación, ya sea dineraria o no dineraria.

Ahora bien, cualquier inversión exterior, cuyo medio de aportación se realice por medio de activos que constituyan o den lugar a inversiones españolas en el exterior o extranjeras en España, implicará la obligación de realizar las declaraciones de inversiones o de liquidaciones que correspondan, de acuerdo con lo establecido en los títulos II y III de la presente Orden.

De acuerdo con la naturaleza de la operación, si hubiera que realizar declaraciones de inversión y de liquidación, el titular de ambas operaciones efectuará las declaraciones simultáneamente (art. 5 de la Orden).

Tal sería el caso, por ejemplo, de la inversión por no residente suscribiendo acciones de una sociedad española y desembolsándolas mediante aportación de unas acciones de otra sociedad.

Como dice el artículo 1.3 del Real Decreto, con independencia de la clase de “aportación” en que se materialicen las inversiones exteriores, los cobros y pagos derivados de las que contempla el mismo, se efectuarán conforme a los procedimientos establecidos en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior y sus disposiciones de desarrollo.

De momento las que hay que considerar son, además del RD 1816 de 20 de diciembre de 1991, la Orden de 27 de diciembre de 1991, con relevantes modificaciones por disposiciones ulteriores y la Resolución de la DGPCIE (hoy *Dirección General de Comercio e Inversiones* del Ministerio de Economía que en lo sucesivo designaré como DGCI) de 9 de

julio de 1996 (ésta a su vez modificada por la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 31 de octubre de 2000, entrada en vigor el 22 de enero de 2001), como más importantes. También interesa considerar la Circular n.º 24 del Banco de España, de 18 de diciembre de 1992, sobre cuentas abiertas por residentes en el extranjero, modificada por Circular n.º 7 de 31 de octubre de 2000, la Circular n.º 1, también del Banco de España, de 25 de febrero de 1994, sobre cuentas de no residentes abiertas en España, y las disposiciones sobre prevención del blanqueo de capitales, concretamente la Ley 19 de 28 de diciembre de 1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su Reglamento aprobado por RD n.º 925, de 9 de junio de 1995.

Actualmente, y en virtud de la remisión que hace el artículo 1.3 del RD 664/1999, habrá que entender necesaria la acreditación del medio de pago de la inversión cuando la cuantía excede de 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €). *Adviértase que la necesidad de acreditación se produce aunque se trate de adquisiciones no sujetas a declaración ni previa ni posterior, por ejemplo, adquisición de un inmueble cuyo precio sea de cien millones de pesetas.*

Si el pago se efectúa por medio de billetes de banco españoles o extranjeros, en cuantía superior, deberá exhibirse el impreso modelo B1 de importación si los billetes los ha traído consigo el viajero, o el impreso B3 si los ha obtenido por cobro en España de un residente.

Si se ha hecho el pago, como será lo más aconsejable y seguro, a través de un banco o entidad de crédito, mediante abono o transferencia a una cuenta determinada, se precisará una certificación bancaria acreditativa del pago. Si se paga por medio de un cheque nominativo, se entenderá bastante que se fotocopie el cheque por anverso y reverso y se una a la escritura en que se formalice la inversión.

Si se trata de un cheque al portador se procederá al igual que cuando se aportan billetes de banco.

Es posible que la aportación o pago se haga mediante entrega por el no residente de un cheque con cargo a una cuenta en el extranjero; o que se efectúe mediante abono en una cuenta que la sociedad o persona residente abra o tenga abierta en el extranjero.

Si se entrega un cheque de modo que el residente lo cobrará a través de una cuenta en el extranjero, es un procedimiento nada aconsejable, pero posible. Será conveniente advertirle del cumplimiento de las normas de la Circular del Banco de España n.º 24 de 18 de diciembre de 1992 (modificada por Circular del propio Banco n.º 7/2000 de 21 de octubre) y consiguientes deberes de declaración para la apertura de la cuenta si no la tuviera abierta y para la movilización de las mismas. Desde el punto

de vista del notario creo debe bastar la fotocopia del cheque que unirá a la escritura, y las advertencias al residente antes indicadas.

Si el pago se ha efectuado mediante abono o transferencia al residente en una cuenta que éste tiene abierta en el extranjero, bastará que exhiba y entregue el documento bancario que lo acredite para unirlo a la escritura y se hagan las mismas advertencias que referenciamos en el párrafo anterior.

Cuando la inversión consista en la adquisición de acciones o participaciones sociales en la constitución o aumento de capital de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, deberá observarse, respectivamente, lo dispuesto en los artículos 40 de la LSA y 19 de la LSRL, y artículos 132 y 189 del Reglamento del Registro Mercantil. En consecuencia, se exigirá una certificación bancaria acreditativa de haberse efectuado el depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, certificación que el notario incorporará a la escritura. La fecha del *depósito*, subrayo, del depósito (no de la certificación, que obviamente también lo será) habrá de ser de fecha no anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del *acuerdo* (subrayo acuerdo) de aumento de capital.

Como resulta de dichos preceptos, es posible que la operación se efectúe mediante entrega al notario del importe de la aportación, para que éste proceda a la constitución del depósito en la entidad de crédito a favor de la sociedad, lo que deberá realizar en el plazo de cinco días hábiles, haciéndolo constar así mediante diligencia en la propia escritura.

Si lo que se le entrega al efecto, al notario, es un cheque, lo fotocopiará y unirá a la escritura, y después hará constar la diligencia de su entrega en la entidad de crédito correspondiente para su abono en la cuenta de la sociedad. Y cuando haya sido realizado el cheque, otra diligencia acreditativa de esta circunstancia, por cuanto el abono en la cuenta (mediante el cheque) se hace salvo buen fin, y es preciso justificar ese "buen fin", en estas clases de inversiones societarias que examinamos.

Si al notario se le entregan billetes, o cheques al portador, a los fines expresados, cuando su cuantía sea superior a un millón de pesetas, deberá exigir al inversor la acreditación del origen de dichos medios de pago en la forma que antes hemos visto, y el correspondiente impreso B1 o B3 lo unirá a la escritura, salvo que tal impreso ampare cantidad superior a la invertida en cuyo caso el notario extenderá diligencia en el impreso acreditativa de la cantidad invertida, uniendo a la escritura una fotocopia.

Y, por otro lado, debe el notario cumplir las obligaciones que le impone la legislación dictada para la prevención del blanqueo de capitales. Tales normas son: Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, Real Decreto 925/1995,

de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y, en fin la Instrucción de la DGRN de 10 de diciembre de 1999 sobre obligaciones de los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales.

Transmisiones lucrativas. La adquisición por no residentes de inversiones extranjeras en España y la adquisición por residentes de inversiones españolas en el exterior, en los supuestos de transmisiones lucrativas “inter vivos” o “mortis causa”, quedarán sometidas a las condiciones y requisitos establecidos por el Real Decreto 664/1999, y por la Orden.

En cualquier caso, estos supuestos quedan exceptuados de la obligación de declaración previa a la que se refieren los artículos 13 y 33 de la Orden.

IV. Forma de las inversiones extranjeras

A diferencia de la legislación anterior, no hay en la nueva regulación normas sobre la forma que haya de observarse en la realización de una inversión o en su liquidación. Regirán, por tanto, las reglas generales de forma aplicables según el negocio jurídico de que se trate.

V. Clases de inversiones

Según el artículo 4.º del derogado RD 671/1992, en su párrafo segundo, las inversiones extranjeras “podrán llevarse a efecto a través de cualquiera de las siguientes formas:

- Inversiones directas.
- Inversiones en cartera.
- Inversiones en bienes inmuebles.
- Otras formas de inversión”.

No había otra clase de inversiones. Las enunciadas constituían un *numerus clausus*. En la rúbrica “otras formas de inversión” no podía verse un cajón de sastre en el que pudiesen tener cabida todas las no mencionadas anteriormente. Bajo esa rúbrica se recogían también determinadas categorías de inversiones, y sólo al final en el artículo 14, se incluían “Otros supuestos que mediante Real Decreto se determinen por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda”. Es decir, que en definitiva deberían especificarse, mediante Real Decreto, las inversiones de que se trate. O sea, repito, *numerus clausus*. Lo que debía y debe ser así por razones elementales de seguridad jurídica.

Así, la compra de un automóvil en España por un no residente, no es una inversión extranjera. Ni lo es la compra de un buque por un no residente. En estos concretos ejemplos el problema se reconduce a la figura de la exportación.

El Real Decreto 664/1999 se ha desmarcado de la antigua clasificación de las inversiones, en directas (y éstas a su vez en participaciones en sociedades, creación, ampliación o adquisición de sucursales y establecimientos, y préstamos que reúnan ciertas condiciones), de cartera, inmuebles y otras formas de inversión.

No se formula el *numerus clausus* ni se puede deducir de la nueva regulación que parte de la total liberalización de las inversiones. En la propia Exposición de Motivos del RD 664/1999 se afirma que “se opta por la supresión de las categorías tradicionales en que se clasifican las inversiones. Lo único importante es que determinadas operaciones se consideran inversiones exteriores a efectos de su declaración al Registro de Inversiones. Ciertamente, otras operaciones no recogidas también son inversiones exteriores, pero su falta de inclusión determina su no consideración a efectos de declaración”.

Pero razones de seguridad jurídica imponen el *numerus clausus* aunque sólo sea a los efectos de las obligaciones de declaración y otras derivadas de la actual regulación. Por eso el artículo 3 dispone que “a los efectos señalados en el artículo siguiente” las inversiones extranjeras podrán llevarse a cabo a través de las operaciones que indica.

En efecto, el artículo 3 dispone que:

“Las inversiones extranjeras en España, a los efectos señalados en el artículo siguiente (es decir, a los efectos de su declaración), podrán llevarse a efecto, a través de cualquiera de las siguientes operaciones:

“a) ***Participación en sociedades españolas.***

“Se entienden comprendidas bajo esta modalidad tanto la constitución de la sociedad como la suscripción y adquisición total o parcial de sus acciones o asunción de participaciones sociales. Asimismo, quedan también incluidos en el presente apartado la adquisición de valores tales como derechos de suscripción de acciones, obligaciones convertibles en acciones u otros valores análogos que por su naturaleza den derecho a la participación en el capital, así como cualquier negocio jurídico en virtud del cual se adquieran derechos políticos”.

Entre estos últimos pueden entenderse incluidas las operaciones de pignoración de acciones o participaciones sociales cuando los estatutos confieran el derecho de voto al acreedor pignoraticio (conforme a los arts. 72 LSA y 37 LSRL), y la adquisición del usufructo de acciones o

participaciones sociales, también en los casos en que los estatutos confiaran al usufructuario el derecho de voto (conforme a los arts. 67 LSA y 36.1 LSRL).

“b) La constitución y ampliación de la dotación de las sucursales”.

Ha desaparecido la inversión consistente en la creación y ampliación de establecimientos así como la concesión a sucursales y establecimientos de anticipos reintegrables. En consecuencia, habrá que entender desaparecida la noción de establecimiento que antes daba el artículo 6.2, inciso segundo del RD 671/1992, de 2 de julio, como “cualquier actividad empresarial que lleve consigo la calificación de establecimiento permanente por la normativa fiscal”, y que nos llevaba al artículo 45.1.a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto de sociedades para conocer cuáles eran estas actividades.

“c) La suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes”.

“d) La participación en fondos de inversión, inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”.

Estas dos modalidades de “operaciones” estaban recogidas como inversiones de cartera en el artículo 9, apartados b) y c) del RD 671/1992.

“e) La adquisición de bienes inmuebles sitos en España, cuyo importe total supere los 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros (3.005.060,52) o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio”.

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 Árabes 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.

Por lo que respecta a Luxemburgo, su carácter de paraíso fiscal no tiene relevancia en materia de bienes inmuebles dada la salvedad que el propio RD 1080/1991 establece.

Prácticamente desaparecen la mayoría de las inversiones en bienes inmuebles ya que raras veces alcanzan la cifra establecida en el precepto. Salta a la vista el distinto tratamiento de las inversiones según que se trate de "operaciones" de participación en sociedades, sucursales, valores representativos de empréstitos o participaciones en fondos de inversión, que cuando se trate de inversiones en inmuebles. Es evidente que el conocimiento estadístico de las operaciones a que se refieren los apartados a), b), c) y d) a través de su declaración es prácticamente el que interesa, ya que en ellas, cualquiera que sea su cuantía se exige la declaración. En cambio para los autores del Decreto las inversiones en inmuebles por cuantía que no supere los 500.000.000 de pesetas (3.005.060,52 €), dicho conocimiento les tiene sin cuidado.

No obstante, siguen en pie las limitaciones en las adquisiciones de inmuebles sitos en las llamadas *zonas estratégicas o zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, y en las zonas de interés para la defensa nacional*.

Siguen en pie otras normas que imponen ciertas *obligaciones de carácter fiscal* en caso de transmisión de inmuebles por no residentes, con independencia de que tal adquisición no tenga ya la condición de inversión extranjera.

Y en fin siguen en pie las *normas sobre cobros y pagos entre residentes y no residentes, tanto si la operación se considera inversión extranjera como si no tiene tal consideración*.

A) Examen de las obligaciones fiscales en caso de transmisión de inmuebles por no residentes.

En los supuestos en que un no residente transmita el bien inmueble adquirido a un residente o a otro no residente procede la retención (e ingreso) del 5 por 100 del precio de venta, o el ingreso a cuenta

del 5 por 100 de la contraprestación, que imponen respectivamente la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, sobre la Renta de No Residentes y Normas Tributarias, artículo 24.2 y la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades en su artículo 57.2, cuando concurren los requisitos contemplados en tales preceptos.

Antes se distinguía según que el transmitente sea persona física o jurídica, pero actualmente las mismas normas son aplicables a las personas físicas que a las jurídicas según vamos a ver.

a) Transmitednte persona física.

Debe tratarse de transmisión onerosa, ya que lo obligado es retener (e ingresar) un porcentaje del precio, o ingresar a cuenta el 5 por 100 de la contraprestación. Si no hay precio ni contraprestación desaparece la obligación.

El artículo 24.2 de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, dispone que:

“Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en territorio español por contribuyentes que actúen sin establecimiento permanente, el adquirente vendrá obligado a retener e ingresar el 5 por 100, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del Impuesto correspondiente a aquéllos.

“Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el titular del inmueble transmitido fuese una persona física y, a 31 de diciembre de 1996 el inmueble hubiese permanecido en su patrimonio más de diez años, sin haber sido objeto de mejoras durante ese tiempo.

“No procederá el ingreso a cuenta a que se refiere este apartado en los casos de aportación de bienes inmuebles en la constitución o aumento de capitales de sociedades residentes en territorio español.

“Sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder por la infracción en que se hubiera incurrido, si la retención o el ingreso a cuenta no se hubiesen ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del importe que resulte menor entre dicha retención o ingreso a cuenta y el impuesto correspondiente.”

Y contribuyentes según el artículo 5 de esta Ley 41/1998 son por este impuesto:

a) Las personas físicas y *entidades* no residentes en territorio español conforme al artículo 6 de esta Ley que obtengan rentas en el mismo, salvo que sean contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Las personas físicas que sean residentes en España por alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 del artículo 9 de la

Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias.

El artículo 18 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por RD 326/1999, de 28 de febrero (copiando lo que disponía el art. 47 del RD 2717/1998, de 18 de diciembre, por el que se regulan los pagos a cuenta en el IRPF y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en materia de retenciones e ingresos a cuenta) desarrolla el precepto indicado en los siguientes términos:

“1. En los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles situados en España, efectuadas por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de No Residentes que actúen sin mediación de establecimiento permanente, el adquirente estará obligado a retener e ingresar el 5 por ciento, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto sobre la Renta de No Residentes correspondiente a aquéllos.

“2. El adquirente no tendrá la obligación de retener o de efectuar el ingreso a cuenta en los siguientes casos:

“a) Cuando el titular del inmueble transmitido fuese una persona física y, a 31 de diciembre de 1996, el inmueble hubiese permanecido en su patrimonio más de diez años, sin haber sido objeto de mejoras durante ese tiempo.

“b) Cuando el transmitente acredite su sujeción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades mediante certificación expedida por el órgano competente de la Administración tributaria.

“c) En los casos de aportación de bienes inmuebles, en la constitución o aumento de capitales de sociedades residentes en territorio español.

“3. El obligado a retener o ingresar a cuenta deberá presentar declaración ante la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuyo ámbito territorial se encuentre ubicado el inmueble e ingresar el importe de la retención o ingreso a cuenta correspondiente en el Tesoro Público, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la transmisión.

“4. El contribuyente no residente en territorio español deberá declarar, e ingresar en su caso, el impuesto definitivo, compensando en la cuota el importe retenido o ingresado a cuenta 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 Tributaria procederá, en su caso, previas las comprobaciones que sean necesarias, a la devolución al contribuyente del exceso retenido o ingresado a cuenta.

“5. Si la retención o el ingreso a cuenta referido anteriormente no se hubiesen ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del importe que resulte menor entre dicha retención o ingreso a cuenta y el impuesto correspondiente, y el Registrador de la propiedad así lo hará constar por nota al margen de la inscripción respectiva, señalando la cantidad de que responda la finca. Esta nota se cancelará, en su caso, por caducidad o mediante la presentación de la carta de pago o certificación administrativa que acredite la no sujeción o la prescripción de la deuda.

“6. Por el Ministro de Economía y Hacienda se establecerán los modelos de declaración a utilizar para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.”

La retención o ingreso a cuenta se realizará utilizando al efecto el impreso modelo 211, que aparece aprobado y publicado por Orden de 22 de diciembre de 1999 (BOE de 30 diciembre 1999). Hay dos modelos 211, según se haya efectuado la adquisición del inmueble en pesetas (Anexo III) o en euros (Anexo IV).

Cuando se haya practicado una retención o ingreso a cuenta sobre la renta del contribuyente superior a la cuota del impuesto, se presentará declaración para solicitar la devolución del exceso sobre la citada cuota, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento (art. 1.º.4 de la Orden de 22 de diciembre de 1999). A tal fin se practicará la autoliquidación del impuesto en el modelo que señale el Ministerio de Economía y Hacienda.

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, según hemos visto, cuando la retención o el ingreso a cuenta no se hubiese ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto. Antes, el artículo 17.3 de la Ley 5 de 29 de junio de 1983, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, imponía al retenedor la responsabilidad solidaria en el ingreso de las cuotas correspondientes.

Pero tal responsabilidad solidaria ha desaparecido con la actual Ley 41/1998, de 9 de diciembre, sobre la Renta de No Residentes y Normas Tributarias que en su artículo 8.1.II declara que tal responsabilidad solidaria “no existirá cuando resulte de aplicación la obligación de retener e ingresar a cuenta a que se refiere el artículo 30 de esta Ley, incluso en los supuestos previstos en el apartado 4 de dicho artículo, sin perjuicio de las responsabilidades que deriven de la condición de retenedor”.

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 prin-

cipio. 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 contribuyente 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 obtenga 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. arts. 17 y 23, Ley 41/1998). Por eso la Ley señala como presupuesto básico para la retención, que se trate de transmisiones de bienes inmuebles sitos en España, por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de 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.

— En los supuestos de transmisiones no onerosas. Antes sólo procedía en los casos de compraventa. La Ley suponía que se trata de un negocio jurídico de compraventa. Ciertamente que hablaba de “transmisiones” en general (“Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles...” dice) pero no menos cierto es que la obligación que tenía el adquirente era 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. Pero después de la reforma habida por el artículo 52 de la Ley de Presupuestos para 1997, habrá que retener e ingresar lo retenido, o ingresar a cuenta el referido porcentaje en todo caso de transmisión onerosa de inmuebles puesto que ahora se impone la obligación de retener e ingresar, o efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, del 5 por 100 *de la contraprestación*. Cuando se trate de compraventa, la conducta lógica del comprador es la de retener e ingresar el 5 por 100 del precio. No tratándose de compraven-

ta, sino de transmisión onerosa, el adquirente deberá rebajar en la parte procedente, su contraprestación con el importe del 5 por 100 de la misma, que es la parte que deberá ingresar a cuenta, haciendo el cálculo correspondiente y reflejándolo adecuadamente en la escritura. Pero no hay obligación de retener y/o de ingresar a cuenta en supuestos de transmisión a título lucrativo como es la donación.

— Cuando, aun tratándose de transmisión onerosa, concurra una cualquiera de estas tres circunstancias:

1.^a Que el ahora transmitente hubiese adquirido el inmueble que ahora transmite con más de diez años de antelación a la fecha de 31 de diciembre de 1996, y además no haya 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 no al momento de la adquisición, como antes ocurría, sino a la fecha del 31 de diciembre de 1996, quiero decir que debe tratarse de un supuesto en que el ahora transmitente hubiese adquirido el inmueble hace más de diez años, en relación no al momento actual en que proyecta transmitir, sino a la fecha de 31 de diciembre de 1996. No se refiere por tanto al momento de formalización de la adquisición, ni 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.

Ahora bien, aun cuando esto parece innegable, debe tenerse en cuenta: de un lado, que tal adquisición con más de diez años de antelación a la fecha del 31 de diciembre de 1996, 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 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 diez años, en relación con la fecha del 31 de diciembre de 1996, 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 del IRPF

o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes que actúen con establecimiento permanente, 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.

3.^a O que se trate de aportación de inmuebles en la constitución o aumento de capital de sociedades residentes en territorio español, es decir, de sociedades españolas. Supuesto este en que se produciría simultáneamente una liquidación de su inversión en inmuebles, y una inversión mediante la participación en una sociedad española, y que según las circunstancias podrá ser inversión directa o de cartera.

— *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 a virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias. 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 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 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 vi-

cecónsules 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 artículo 9.4 de la Ley 40/1998. Según este artículo “cuando no proceda la aplicación de normas específicas derivadas de los Tratados internacionales en los que España sea parte, no se considerarán contribuyentes, a título de reciprocidad, los nacionales extranjeros que tengan su residencia habitual en España, cuando esta circunstancia fuera consecuencia de alguno de los supuestos establecidos en el apartado 2 de este artículo.”

Por otro lado, como antes hemos visto al referirnos a la noción de contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, lo son según el artículo 5.b) de la Ley 41/1998: “Las personas físicas que sean residentes en España por alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias.”

— *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 5 por 100 sobre el total precio o ingreso a cuenta del 5 por 100 de la contraprestación. Cuando el no residente hubiese adquirido proindiviso con su cónyuge el bien que ahora vende o transmite a título oneroso, la retención del 5 por 100 y/o el ingreso a cuenta sólo procederá en relación con su participación proindivisa en el bien transmitido. 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.

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 compran-

do ambos cónyuges, o uno solo “para la sociedad conyugal”, según horrenda fórmula que desgraciadamente es muy frecuente, creo que debe retenerse y/o ingresar el 5 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 en el exterior de inversiones.*— 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. 24.2), como en el Reglamento (art. 47) 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.

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

También en este supuesto hay obligación de retención y/o ingreso a cuenta, en los mismos términos que para las personas físicas. No obstante, me ha parecido conveniente ofrecer una visión general sobre el régimen anterior.

a') *Régimen anterior.*

Antes se regía esta obligación por la Ley 43 de 27 de diciembre de 1995, del Impuesto sobre Sociedades, artículo 57.2.

Según el artículo 57.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en su redacción dada por el artículo 56 de la Ley de Presupuestos del Estado para 1997, Ley 12 de 30 de diciembre de 1996:

“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 5 por 100,

o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquéllos.

“Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el titular del inmueble transmitido fuese una persona física y el inmueble hubiese sido adquirido con más de veinte años de antelación a la fecha de la transmisión sin que haya sido objeto de mejoras durante ese tiempo.

“No procederá el ingreso a cuenta a que se refiere el párrafo anterior en los casos de aportación de bienes inmuebles en la constitución y aumento de capitales de sociedades residentes en territorio español.

“Si la retención o el ingreso a cuenta referidos anteriormente no se hubiesen ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto”.

Por su parte, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por RD 537 de 14 de abril de 1997, en su artículo 68 dispone:

“1. Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en España por sujetos pasivos no residentes en territorio español que actúen sin mediación de establecimiento permanente, el adquirente vendrá obligado a retener e ingresar el 5 por 100, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquéllos.

“2. El adquirente quedará liberado de la obligación de retener o de efectuar el ingreso a cuenta en los siguientes casos:

a) Cuando el titular del inmueble transmitido fuese una persona física y, a 31 de diciembre de 1996, el inmueble hubiese permanecido en el patrimonio del sujeto pasivo más de diez años, sin haber sido objeto de mejoras durante ese tiempo.

b) Cuando el transmitente acredite su sujeción al régimen de obligación personal del impuesto mediante certificación expedida por el órgano competente de la Administración Tributaria.

c) En los casos de aportación de bienes inmuebles en la constitución o aumento de capital de sociedades residentes en territorio español.

3. El obligado a retener deberá presentar declaración ante la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuyo ámbito territorial se encuentre ubicado el 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 no residente en territorio español deberá declarar e ingresar el impuesto definitivo, compensando en la cuota el importe retenido o ingresado a cuenta 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 Tributaria procederá, en su caso, previas las comprobaciones que sean necesarias, a la devolución al sujeto pasivo del exceso ingresado a cuenta.

5. Si la retención o el ingreso a cuenta referido anteriormente no se hubiesen ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto.

6. Por el Ministerio de Economía y Hacienda se establecerán los modelos de declaración a utilizar para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.”

b') Régimen actual.

Actualmente, sin embargo la regulación es la misma tanto para personas físicas como para personas jurídicas, ya que el Impuesto sobre la Renta de No Residentes afecta tanto a personas físicas como a personas jurídicas, y en consecuencia la propia Ley 41/1998 deroga, entre otros preceptos, el Título VII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

La falta de retención, y consiguiente ingreso en el Tesoro Público de lo retenido, o simplemente la falta del ingreso a cuenta del 5 por 100 de la contraprestación, puede implicar consecuencias fiscales perjudiciales para el adquirente, según lo explicado antes en este mismo epígrafe. Pero no será obstáculo a la inscripción de la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad (cuando de compraventa de inmuebles se trate), ya que si bien es cierto que el artículo 254 LH prohíbe la inscripción sin la previa acreditación del pago del impuesto que devengue el contrato que se pretende inscribir, ello es en relación con los impuestos que directamente afecten al acto o contrato de que se trate. Y la compraventa no está sujeta directamente al pago del Impuesto sobre la Renta, sino al de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o en su caso al IVA.

La DGRN se ha pronunciado ya sobre este particular, y en Resolución de 24 de mayo de 1995, sigue el criterio antes expuesto. Dice en sus Fundamentos de Derecho:

“Vistos los artículos 254 de la Ley Hipotecaria; 107 de su Reglamento; 1, 2 y 19 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; 74.1 y 2 de la Ley General Tributaria y 37 del Reglamento General de Recaudación.

1. La única cuestión que se plantea en el presente recurso es la de si la prohibición contenida en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria resul-

ta aplicable en relación con el cumplimiento de las obligaciones fiscales establecidas en el artículo 19 uno b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en concreto, la que impone al adquirente de bienes inmuebles sitos en España cuando son transmitidos por un sujeto pasivo de dicho impuesto no residente, de retener e ingresar un 10 por 100 del precio acordado en concepto de pago a cuenta del mismo.

Establece la norma hipotecaria que: «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad, sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretende inscribir». Precisado el alcance de la exigencia del previo pago por el artículo 107 del Reglamento Hipotecario, su finalidad es evidente: garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias a que está sujeto el acto o contrato que se pretende inscribir al configurarlo como un requisito previo para lograr su acceso al Registro. Y si hay algo que la ya añeja terminología de la norma deja claro es que la exigencia que contiene tan sólo es aplicable en relación con los impuestos establecidos por la Ley, actuales o futuros, si los devenga el acto o contrato que se pretende inscribir; y no hay duda que un acto o contrato tan sólo devengará impuesto, tan sólo dará lugar al nacimiento de una obligación tributaria, si está sujeto al mismo, si tal acto o contrato es subsumible en alguno de los presupuestos de naturaleza jurídico económica fijados por la ley cuya realización, siguiendo la terminología del artículo 28 de la Ley General Tributaria, origina el nacimiento de la obligación tributaria.

Si el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los títulos materiales, el elenco de actos, contratos o negocios, que enumera el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, tan sólo con relación a los impuestos que gravan directamente tales títulos, que los configuren como hechos imponibles fuentes directas de una obligación tributaria, será de aplicación aquella exigencia.

2. El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es un tributo de carácter personal que grava la renta de las personas físicas, entendida como la totalidad de sus rendimientos netos e incrementos de patrimonio determinados conforme a lo previsto en su Ley reguladora (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio). Los actos y contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad pueden ser generadores de rendimientos –rentas de un arrendamiento, frutos a percibir por un usufructuario, etcétera– o determinar incrementos o disminuciones de patrimonio –como consecuencia de las transmisiones de bienes o derechos–, que pasan a integrar la renta cuya obtención está sujeta a dicho impuesto, pero por sí mismos, como tales actos o contratos, en modo alguno están directamente sujetos al mismo.

Y si bien es cierto que las rentas e incrementos de patrimonio obtenidos por las personas físicas sujetos pasivos del impuesto por obligación real, están sujetas a un régimen especial que asemeja su tributación más a una imposición de producto que de renta, no por ello se desvirtúa su naturaleza: el hecho imponible sigue siendo la obtención de rentas en territorio español, uno de cuyos componentes serán los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto como consecuencia de la alteración patrimonial que supone la transmisión de bienes sitos en España, pero sin que tales transmisiones constituyan por sí mismas hechos imposables sujetos al citado impuesto. Son las Leyes reguladoras de otros tributos –Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales o sobre Sucesiones y Donaciones– las que los contemplan como tales hechos imposables cuya realización da lugar al devengo del impuesto correspondiente, y será con relación a ellos que habrá de aplicarse la exigencia del citado artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

3. No pueden las anteriores consideraciones entenderse desvirtuadas por la afección que de un modo un tanto indeterminado se establece en el último párrafo del artículo 19 que se examina cuando dispone que «Si la retención a que se refiere el párrafo segundo de letra b) del apartado uno de este artículo no se hubiera ingresado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del impuesto».

Si se quiere mantener la unidad del ordenamiento jurídico no cabe atribuirse a tal previsión otro significado que el hacer extensivo a este supuesto el régimen de afección que para el caso de transmisión de bienes o derechos se establece en el artículo 74.1 de la Ley General Tributaria, pese a no estar, como se dijo, ante un tributo que grave una transmisión o el tráfico de los bienes, en cuyo caso aquella norma especial sobraría al ser aplicable ésta más genérica. Se trata, en definitiva, de brindar a la Hacienda una especial garantía a la par que una mayor facilidad de ejecución para el cobro del débito en cuestión que puede hacer efectivo por el fácil procedimiento que le brinda el artículo 37.2 del Reglamento General de Recaudación frente a cualquier poseedor de los bienes afectos, excepción hecha de los adquirentes que la propia norma protege, y que tratándose de adquirentes de bienes inmuebles son los terceros protegidos por la fe pública registral.

Por otra parte, cuando el legislador ha querido que los derechos de la Hacienda Pública no puedan verse inutilizados por el juego de la publicidad registral, impone la constancia de la afección real antes aludida, a través del oportuno asiento, regulando el procedimiento, el plazo de vigencia, etcétera (cfr. art. 74.2 de la Ley General Tributaria en relación con el 37.3 del Reglamento General de Recaudación; 88.3 y 4 del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Regla-

mento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; 100.3 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones); mas en el caso del artículo 19 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas esta vía no ha sido expresamente contemplada.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso revocando el auto apelado y la nota de calificación.” (3).

“f) La constitución, formalización o participación en contratos de cuentas en participación, fundaciones, agrupaciones de interés económico, cooperativas y comunidades de bienes, cuando el valor total correspondiente a la participación de los inversores extranjeros sea superior a 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros (3.005.060,52) o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales, entendiéndose por tales los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.”

Los supuestos que contempla este apartado f) son los mismos que contemplaba el artículo 14 del RD 671/1992 bajo la rúbrica “Otras formas de inversión”, con la diferencia de que ahora tan sólo se comprenderán en el ámbito de la nueva regulación cuando la cuantía total correspondiente a la participación de los inversores extranjeros sea superior a 500.000.000 de pesetas, o cuando, con independencia de su importe proceda de paraísos fiscales. Y ya hemos dicho antes cuáles son esos paraísos fiscales.

VI. Obligación de declaración de las inversiones

Las operaciones a que se refiere el artículo 3 del RD 664/1999, así como su liquidación, serán declaradas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda, con una finalidad administrativa, estadística y económica (art. 4.1).

Esta declaración en todo caso se efectuará después de realizar la inversión (o la liquidación de la inversión). Pero en algunos casos se impone una doble declaración: una previa declaración antes de formalizar la inversión, y otra declaración después de realizada ésta.

(3) Sobre fiscalidad por la tenencia de inmuebles véase “La tributación de los no residentes por la tenencia de inmuebles en España”, por Concha CARBALLO CASADO, en la Revista *La Notaría*, mayo 2001, pp. 113 y ss.

1. Declaración previa (art. 4.2.a).

Debe realizarla el titular de la inversión.

Se impone cuando se trata de una *inversión procedente de un paraíso fiscal*. Esta declaración se entiende sin perjuicio de la que hay que efectuar con posterioridad a la realización de la inversión.

Pero *se exceptúan* de esta declaración previa los dos casos siguientes:

A. Las *inversiones en valores negociables*, ya sean emitidos u ofertados públicamente ya sean negociados en un mercado secundario oficial o no, así como las participaciones en fondos de inversión inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

B. *Cuando la participación extranjera no supere el 50 por 100 del capital* de la sociedad española destinataria de la inversión.

Esta segunda excepción se refiere a las hipótesis en las que la participación extranjera no supere el 50 por 100 del capital social, ni con anterioridad a la inversión proyectada ni como consecuencia de la misma (art. 13.1.b de la Orden).

La *liquidación* de inversiones extranjeras procedentes de paraísos fiscales no requerirá declaración de dicha liquidación con carácter previo a su realización (art. 13.2 de la Orden).

Por lo que respecta al *procedimiento para esta declaración previa*, el artículo 14 de la Orden dispone lo siguiente:

“1. En las declaraciones previas a la realización de inversiones extranjeras a que se refiere el artículo anterior, no se exigirá la aportación de ningún documento adjunto a los modelos impresos de declaración correspondientes.

Los titulares de proyectos de inversiones extranjeras no requerirán, en el momento de efectuar la declaración previa, acreditar haber cumplido los requisitos a que se refiere el artículo 1.2 del Real Decreto 664/1999, sin perjuicio de la acreditación de su cumplimiento con anterioridad al momento de presentar la declaración posterior de inversiones extranjeras que corresponda.

2. Las declaraciones previas de proyectos de inversiones extranjeras deberán efectuarse por el titular de la inversión proyectada en los modelos impresos DP-1 o DP-2. Los citados modelos impresos de declaración previa constarán de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión proyectada.

El titular retendrá el ejemplar 2 debidamente sellado, en el que constará el lugar de presentación, así como la fecha, y servirá al interesado de prueba de que la declaración previa ha sido presentada.

3. La declaración previa de inversiones extranjeras tendrá una vali-

dez de seis meses, contados desde su presentación. Si no se materializa en ese plazo la inversión, deberá presentarse una nueva declaración previa.”

2. Declaración posterior (art. 4.2.b).

Es la regla general para toda clase de operaciones que hoy tienen la condición de inversiones extranjeras. Y por supuesto afecta también a aquellas que están sujetas igualmente a declaración previa.

El RD dicta una regla general y luego unas reglas especiales.

A) Regla general.

Están obligados a declarar la inversión el titular de la misma y el fedatario público en su caso.

“Con carácter general la inversión será declarada por el titular no residente. Adicionalmente, cuando la operación haya sido intervenida por fedatario público español, ya sea como consecuencia de su régimen jurídico o por acuerdo convencional de las partes, aquél remitirá al Registro de inversiones información sobre dichas operaciones en el plazo y con el contenido que se establezca en las normas de desarrollo del presente Real Decreto” [art. 4.2.b), 1.º].

Ya el RD 671/1992, imponía la obligación de declarar a los titulares de la inversión y a los fedatarios públicos que interviniesen en su formalización, así como a otras entidades que señalaba en el artículo 16.

B) Reglas especiales.

Con carácter especial se distinguen las inversiones en valores negociables, valores no negociados en mercados secundarios pero depositados o registrados voluntariamente, y fondos de inversión. Para ellas se establecen las siguientes reglas:

“1.ª Si se tratase de inversiones efectuadas en valores negociables, ya sean emitidos u ofertados públicamente, ya sean negociados en un mercado secundario oficial o no, estarán obligadas a declarar las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades financieras que, de acuerdo con la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, tengan como actividades propias el depósito o la administración de valores representados mediante anotaciones en cuenta objeto de la inversión, o cuya intervención sea preceptivo para la suscripción o transmisión de valores, de acuerdo con las normas que les sean de aplicación”.

“2.^a Cuando se trate de inversiones efectuadas en valores no negociados en mercados secundarios, pero las partes hayan depositado o registrado tales valores voluntariamente, el sujeto obligado a realizar tal declaración será la entidad depositaria o administradora de los mismos, salvo que hubiera intervenido una sociedad, agencia de valores o una entidad de crédito en la operación, en cuyo caso le corresponderá efectuar la declaración a una de éstas (*sic*).

“Tratándose de acciones nominativas, el sujeto obligado a declarar será la sociedad española objeto de inversión (*sic*), una vez que tenga conocimiento de la transmisión a través de la inscripción correspondiente en el libro-registro, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.”

Si en la regla primera se habla de valores negociables, ahora en esta regla segunda se habla de valores no negociados, sin duda para comprender tanto los que sean negociables pero no negociados en mercados secundarios, como los no negociables.

En el párrafo segundo de esta regla se refiere a las acciones nominativas no negociadas. Nada dice sobre las acciones al portador, y por tanto éstas quedarán sujetas al régimen general. Recuérdesse que el artículo 56 LSA para las acciones al portador, una vez que se han impreso y entregado los títulos, remite al régimen del artículo 545 del Código de Comercio. Pero en la práctica hay que tener en cuenta la DA 3.^a de la Ley del Mercado de Valores, después de su reforma por Ley 37/1998, de 16 de noviembre (art. 8.^o), según la cual “la suscripción o transmisión de valores sólo requerirá para su validez la intervención de fedatario público cuando, no estando admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, estén representados mediante títulos al portador y dicha suscripción o transmisión no se efectúe con la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores, o de una entidad de crédito”.

“3.^a Las operaciones de inversión en fondos de inversión españoles deberán ser declaradas por la sociedad gestora del mismo”.

VII. Forma y plazo para efectuar las declaraciones

La forma y plazo para efectuar las declaraciones se determinan en las normas de desarrollo del Real Decreto que estamos comentando (art. 4.3.I).

Como ya hemos indicado al comienzo de este trabajo, es fundamental en esta materia de declaraciones la Orden de 28 de mayo de 2001, que como antes he dicho la cito simplemente con la palabra Orden.

Hasta el 1 de julio de 2001, y por aplicación de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto, se han tenido en cuenta las disposiciones de la Resolución de 6 de julio de 1992, para la declaración de las inversiones extranjeras en España, y al efecto en primer lugar diremos que la Instrucción 4.^a de dicha Resolución distinguía los siguientes modelos de declaración:

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

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

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

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

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

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

MC-R: Para rectificación de datos relativos a los impresos MC de declaración, y de solicitudes de verificación o autorización y Memoria anual de sociedades.

El MC-5 para solicitud de verificación/autorización de inversión extranjera en sociedades españolas, sucursales y establecimientos en España de no residentes.

Y el MC-6 para la solicitud de verificación/autorización de inversión extranjera en bienes inmuebles.

Actualmente, para las inversiones extranjeras que se formalicen a partir del 1 de julio 2001, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 12 de la Orden, conforme al cual:

Los modelos impresos a utilizar para efectuar la declaración previa de proyectos de inversiones extranjeras procedentes de paraísos fiscales, así como para efectuar la declaración posterior de inversiones extranjeras en España y de su liquidación y para la presentación de las Memorias anuales relativas al desarrollo de la inversión al Registro de Inversiones, son los siguientes:

A1: «Declaración de inversión extranjera en valores negociables. Resumen mensual o anual».

A2: «Declaración de inversión extranjera en valores negociables. Relación de operaciones mensuales o depósitos anuales».

DP-1: «Declaración previa de inversión extranjera procedente de paraísos fiscales en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».

DP-2: «Declaración previa de inversión extranjera procedente de paraísos fiscales en bienes inmuebles».

D-1A: «Declaración de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».

D-1B: «Declaración de liquidación de inversión extranjera en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».

D-2A: «Declaración de inversión extranjera en bienes inmuebles».

D-2B: «Declaración de liquidación de inversión extranjera en bienes inmuebles».

D-4: «Memoria anual relativa al desarrollo de la inversión en sociedades españolas con participación extranjera en su capital y sucursales».

La rectificación de errores en los datos de las declaraciones al Registro de Inversiones, efectuadas en modelos ya derogados o en vigor, se efectuará en los modelos citados en el apartado anterior, según la operación de inversión de que se trate, de acuerdo con las instrucciones que se establezcan en las normas de desarrollo de la presente Orden.

La modificación en los datos declarados al Registro de Inversiones que no constituya rectificación de errores ni implique la obligación de declarar una nueva inversión o una liquidación, tales como la modificación de la razón social o cualquier operación societaria que, sin haber mediado operación de inversión extranjera, implique una modificación del porcentaje de participación extranjera en la empresa española, entre otras, se comunicará, en un plazo de tres meses desde la formalización de la operación, mediante escrito dirigido a la Dirección General de Comercio e Inversiones, acompañado de documentación acreditativa.

Antes, se había puesto especial interés en la incorporación de un ejemplar de la declaración a la matriz de la escritura que formalice la inversión o desinversión. Y así se quiso establecer, con una finalidad de aseguramiento de la conservación de los datos relativos a la declaración de la inversión, desde que hace tiempo desaparecieron los “expedientes bancarios” que hasta la entrada en vigor de las nuevas normas, permitía a la DGTE contar con una posible información complementaria, cuando fuere preciso.

Actualmente el notario debe incorporar a su protocolo o Libro-Registro, el ejemplar correspondiente de la declaración, obviamente, en los casos en que haya intervenido, como luego veremos.

Los modelos impresos de declaración se han establecido por Resoluciones de la DGCI de 21 de febrero de 2002 (BOE de 15 de marzo de 2002) que deroga y sustituye a la Resolución de 30 de mayo de 2001 (BOE de 12 de junio de 2001), y 31 de mayo de 2001 (BOE de 13 de junio de 2001).

La de 21 de febrero de 2002 aprueba los impresos normalizados para

declaración de inversiones extranjeras en España y para inversiones españolas en el exterior, junto con las correspondientes instrucciones para su cumplimentación, cuyos modelos se publican como anexos I y II de dicha Resolución.

Ambas Resoluciones están dictadas en uso de las facultades que se confieren al efecto a la DGCI por la Disposición Final 1.^a de la Orden de 28 de mayo de 2001.

El anexo I, Inversiones extranjeras en España, consta de los impresos DP-1, DP-2, D-1A, D-1B, D-2A, D-2B y D-4.

El anexo II, Inversiones españolas en el exterior, consta de los siguientes impresos: DP-3, DP-4, D-5A, D-5B, D-6, D-7A, D-7B, y D-8.

Para cumplimentar los impresos anteriores deberán seguirse las instrucciones anexas a cada impreso y utilizarse los códigos de las tablas que acompañan a esta Resolución.

Caso de resultar insuficientes los espacios previstos en los modelos impresos para declarar la información, ésta se declarará en el modelo impreso de hoja adicional del anexo III.

Los códigos de país, de Comunidades Autónomas, las claves de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) y los códigos de moneda, necesarios para cumplimentar los impresos, figuran como anexo IV.

A partir del 1 de mayo de 2002, fecha en que entra en vigor esta Resolución, quedarán sin efecto los impresos anteriores.

En cuanto a la Resolución de 31 de mayo de 2001, aprueba las instrucciones para las entidades declarantes de valores negociables españoles propiedad de no residentes sobre suministro a la DGCI de la información mensual y anual sobre dichos valores y los modelos impresos A1 y A2 con sus instrucciones que figuran como anexo I.

Aprueba las Instrucciones para las entidades depositarias de valores negociables calificables como inversión española en el exterior, propiedad de residentes, sobre suministro a la DGCI de la información mensual y anual sobre dichos valores y los modelos impresos E1 y E2 con sus instrucciones, que figuran como anexo II.

Y aprueba los modelos de escrito de inicio de actividad a que hace referencia el artículo 22.3 de la Orden, que figura como anexo III, y los de inicio y cese de actividad a que hace referencia el artículo 41.4 de la Orden, que figura como anexo IV.

Esta Resolución entró en vigor el 1 de julio de 2001.

Pues bien, distinguiremos ahora entre declaraciones previas y posteriores.

A) Declaraciones previas.

Según el artículo 14 de la Orden:

“1. En las declaraciones previas a la realización de inversiones extranjeras a que se refiere el artículo anterior, no se exigirá la aportación de ningún documento adjunto a los modelos impresos de declaración correspondientes.

Los titulares de proyectos de inversiones extranjeras no requerirán, en el momento de efectuar la declaración previa, acreditar haber cumplido los requisitos a que se refiere el artículo 1.2 del Real Decreto 664/1999, sin perjuicio de la acreditación de su cumplimiento con anterioridad al momento de presentar la declaración posterior de inversiones extranjeras que corresponda.

2. Las declaraciones previas de proyectos de inversiones extranjeras deberán efectuarse por el titular de la inversión proyectada en los modelos impresos DP-1 o DP-2. Los citados modelos impresos de declaración previa constarán de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión proyectada.

El titular retendrá el ejemplar 2 debidamente sellado, en el que constará el lugar de presentación, así como la fecha, y servirá al interesado de prueba de que la declaración previa ha sido presentada.

3. La declaración previa de inversiones extranjeras tendrá una validez de seis meses, contados desde su presentación. Si no se materializa en ese plazo la inversión, deberá presentarse una nueva declaración previa”.

B) Declaraciones posteriores a la inversión.

Aquí tenemos que distinguir unas reglas generales y otras especiales teniendo a la vista las actuales operaciones que se consideran como inversión extranjera.

a) Requisitos (generales) de las declaraciones (art. 16 Orden).

En las declaraciones posteriores a la realización de la inversión extranjera en España, el titular deberá acreditar las circunstancias que se relacionan a continuación ante el Registro de Inversiones, ante el fedatario público o ante el obligado a declarar, según los casos. El obligado a efectuar la declaración correspondiente o el fedatario público, en su caso, deberá acompañar los documentos acreditativos de tales circunstancias, dirigiéndolos junto con el modelo impreso de declaración al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía.

a) Su condición de no residente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la presente Orden.

b) Haber cumplido, en su caso, los requisitos exigidos por la legislación sectorial específica a que se refiere el artículo 1.2 del Real Decreto 664/1999.

El cumplimiento se entenderá acreditado con la simple cumplimentación del casillero correspondiente del modelo impreso de declaración, sin perjuicio de la obligación del titular de conservar los documentos que acrediten dicho cumplimiento y ponerlos a disposición de la Dirección General de Comercio e Inversiones si fuera requerido para ello.

c) Haber obtenido la autorización correspondiente en los supuestos de suspensión del régimen de liberalización a que se refieren los artículos 10 y 11 del Real Decreto 664/1999, o la autorización a que se refiere la disposición adicional tercera del mismo.

En estos supuestos, deberá consignarse en el modelo impreso de declaración correspondiente la fecha de la resolución expresa o aquella en la que, una vez transcurrido el plazo para resolver, la autorización se produjo por silencio administrativo.

d) Haber efectuado la declaración previa, cuando así se exija de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la presente Orden.

La acreditación se efectuará mediante la aportación del número de declaración previa presentada, haciéndolo constar en el modelo impreso de declaración correspondiente.

e) Memoria explicativa sucinta en la que consten las principales características de la inversión realizada, cuando se trate de las operaciones de inversión a que se refiere la letra d) del artículo anterior.

Cuando se trate de declaración de liquidación, el titular de la inversión deberá hacer constar el número o números que figuren en el ejemplar o ejemplares del impreso o impresos de declaración correspondientes a la inversión o inversiones que se liquiden.

En los supuestos de declaración de liquidación de operaciones de inversión a que se refiere la letra d) del artículo anterior, al modelo impreso se acompañará una Memoria explicativa sucinta en la que consten las principales características de la liquidación realizada.

b) *Inversiones en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión.*

Según el artículo 17 de la Orden:

“1. Las operaciones de inversión extranjera referidas en las letras a), b) y d) del artículo 15 de la presente Orden [que son las mismas que las de los apartados a), b), y f) respectivamente del artículo 3 del Real De-

creto] se declararán al Registro de Inversiones, con independencia de que la operación de inversión de que se trate esté sometida o no a la obligación de declaración previa a que se refiere el artículo 13 de la presente Orden.

La declaración se dirigirá al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía *en el plazo máximo de un mes* contado a partir de la fecha de realización de la inversión.

Si la operación ha sido intervenida por fedatario público español se tomará como fecha de realización de la inversión la de formalización ante éste.

En los casos de operaciones en valores no negociados en mercados secundarios, depositados o registrados en una entidad depositaria o administradora, se contará como fecha de realización la fecha del depósito o registro, salvo que en la operación hubiera intervenido una sociedad o Agencia de Valores o una entidad de crédito en cuyo caso la fecha coincidirá con la fecha en que se haya producido tal intervención.

La misma fecha se tomará en consideración en los supuestos de canje de valores recogidos en el artículo 30 de la presente Orden.

Si se tratara de la adquisición de acciones nominativas se tomará como fecha la de la inscripción de los accionistas en el Libro-Registro.

En los casos de cambio de residencia o traslado de domicilio se tomará como fecha de formalización la del cambio de residencia del titular, rigiéndose el plazo por lo establecido en el artículo 4 de la presente Orden.

En otros supuestos distintos a los recogidos en los párrafos anteriores se tomará como fecha de realización de la inversión la fecha que figure en el documento acreditativo del negocio jurídico realizado.

2. Para la declaración de las operaciones de inversión en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión se utilizará el modelo impreso de declaración D-1A. Éste constará de tres ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el obligado a declarar/fedatario público.

Ejemplar 3: Para el titular de la inversión.

3. Si de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.b) 1.º del Real Decreto 664/1999, la obligación de declarar corresponde al titular no residente, éste cumplimentará el modelo impreso D-1A y lo suscribirá, adjuntando los documentos a que se refiere el artículo 16 de la presente Orden que sean necesarios en cada caso.

En el momento de presentación de la declaración, el titular obtendrá los ejemplares 2 y 3 debidamente sellados que servirán de prueba de que la inversión ha sido declarada.

4. *Si la operación de inversión es intervenida o autorizada por feda-*

tario público español, bien sea porque así lo exige la regulación del régimen jurídico de la operación de que se trate, o bien porque, aun no requiriéndose esta intervención, así lo acuerden las partes, se procederá en la forma siguiente. El obligado a declarar la operación de inversión será el titular no residente, pero éste podrá presentar por sí mismo la declaración debidamente cumplimentada y suscrita o bien podrá, a su elección, cumplimentar y suscribir el modelo impreso de la declaración al objeto de interesar del fedatario que presente la declaración. En este último caso, tras haber intervenido o autorizado el documento, el *fedatario deberá exigir la presentación de los documentos* acreditativos de las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, a los efectos de la exactitud de la declaración.

En este caso, el *fedatario incorporará el ejemplar 2* del modelo impreso de declaración D-1A a su protocolo o Libro-Registro. En el momento de presentación de la declaración, el *fedatario obtendrá el ejemplar 3 debidamente sellado*, y lo remitirá al inversor en el plazo máximo de cinco días.

Los *fedatarios públicos españoles* que intervengan o autoricen las operaciones de inversión a que se refiere el presente artículo *remitirán a la Dirección General de Comercio e Inversiones, mediante escrito, en los meses de enero y julio de cada año*, una relación de aquellas operaciones intervenidas durante el semestre precedente respecto a las cuales no se haya interesado del fedatario la declaración referida. Los datos a consignar en esta relación serán el protocolo o Libro-Registro, fecha de realización de la inversión, número de identificación fiscal (NIF) y razón social de la entidad objeto de inversión o liquidación, así como los titulares de la operación realizada y su importe.

Si de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.b)2.º 2.ª del Real Decreto 664/1999, el obligado a declarar fuera la entidad depositaria o administradora de valores no negociados o la sociedad o agencia de valores o entidad de crédito que hubiera intervenido la operación o la sociedad española receptora de la inversión, en el caso de acciones nominativas, la declaración será cumplimentada y suscrita por el obligado a declarar, aun cuando la operación hubiera sido intervenida por fedatario público.

En el momento de presentación de la declaración, el obligado a declarar obtendrá los ejemplares 2 y 3 debidamente sellados y remitirá en el plazo de cinco días, al titular de la inversión extranjera, el ejemplar 3, que servirá a simple efecto informativo.

6. La adquisición de derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones y otros análogos que por su naturaleza den derecho a participación en el capital de sociedades españolas, deberá declararse en

el modelo impreso D-1A en el plazo de un mes a partir del momento en que se produzca tal adquisición.

Deberá declararse igualmente como inversión, en el modelo D-1A, la adquisición efectiva de las acciones o participaciones sociales derivadas del ejercicio de los derechos comprendidos en dichos instrumentos, a partir del momento en que se produzca, y en el plazo de un mes establecido en el apartado 1, segundo párrafo del presente artículo. Esta declaración dará lugar a una liquidación en el modelo D-1B de la inversión en los derechos comprendidos en dichos instrumentos que deberá realizarse simultáneamente.

Las inversiones extranjeras consistentes en negocios jurídicos distintos de los especificados en los párrafos anteriores por los que se adquieran derechos políticos en sociedades españolas, deberán igualmente declararse mediante el modelo impreso D-1A en el plazo establecido en el apartado 1, segundo párrafo, del presente artículo.

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

En cuanto al *procedimiento de declaración de liquidación* de estas operaciones de inversión y cumplimentación del impreso de declaración, el artículo 18 de la Orden dispone:

“1. En el caso de que se proceda a la liquidación total o parcial de una inversión extranjera de las reguladas en este capítulo, el titular, el fedatario público o el obligado a declarar, según los supuestos de que se trate, deberá presentar declaración de la liquidación en el modelo impreso D-1B debidamente cumplimentado y suscrito por quien corresponda, de acuerdo con las reglas establecidas en los dos artículos anteriores.

Cada titular podrá cumplimentar un solo modelo D-1B por cada operación de liquidación referida a varios documentos de declaración de inversión en una misma empresa española.

2. En los supuestos de transmisiones entre no residentes se cumplimentará un modelo impreso D-1A por el adquirente y un modelo impreso D-1B por el transmitente.”

c) *Inversiones en inmuebles.*

El procedimiento de declaración de operaciones de inversión y cumplimiento del impreso de declaración se regula en el artículo 19 de la Orden conforme al cual:

“1. Las operaciones de inversión extranjera referidas en la letra c) del artículo 15 de la presente Orden [que equivale a la de la letra e) del art. 3 del Real Decreto], se declararán al Registro de Inversiones, con independencia de la obligación de declaración previa a que la operación de inversión esté, en su caso, sometida, en el modelo impreso D-2A que constará de tres ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el fedatario público.

Ejemplar 3: Para el titular de la inversión.

La declaración se presentará en la forma y plazo que establece el apartado 1 del artículo 17 de la presente Orden.

En estas operaciones de inversión el obligado a declarar es el titular no residente si bien, *si la operación fuera formalizada por fedatario público español*, aquél podrá optar, a su elección, por presentar directamente la declaración o bien *interesar del fedatario público* la presentación, actuando de acuerdo con las reglas contenidas en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 17 de la presente Orden.

2. Cuando el titular de la inversión extranjera entregue *cantidades a cuenta*, bien directamente a un promotor, bien a un cesionario residente, para la adquisición de edificios en construcción al amparo de la legislación aplicable al efecto, no se cumplimentará el modelo D-2A hasta que se otorgue el documento público o privado de la adquisición.

3. La realización de *obras nuevas y ampliaciones de las mismas*, reformas y mejoras, susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, sobre inmuebles objeto de inversión extranjera deberán declararse al Registro de Inversiones mediante el modelo impreso D-2A en el plazo de los tres meses siguientes a la finalización de la obra, salvo que antes del transcurso de ese plazo, se hubiere formalizado la operación ante fedatario público, en cuyo caso la declaración por el titular no residente deberá efectuarse en el plazo del mes siguiente a la fecha de formalización.”

Desde el punto de vista registral, la Res. DGRN de 24 de julio 2001, ha declarado que la inscripción de la declaración de obra nueva solicitada procede aun cuando no se justifique la aportación exterior de las cantidades que en su día se invirtieran en la construcción.

Por lo que respecta al procedimiento de declaración de *liquidación de inversiones en inmuebles*, el artículo 20 de la Orden dispone:

“1. En el caso de que se proceda a la liquidación total o parcial de una inversión extranjera en bienes inmuebles, deberá presentarse por el titular o fedatario público español, según lo establecido en el artículo 17.4, segundo párrafo, de la presente Orden, declaración de la liquidación en el modelo impreso D-2B debidamente cumplimentado y suscrito por el titular no residente.

2. En el caso de *desinversiones parciales* bien por cambio de uno o varios de los titulares de una propiedad «pro indiviso», bien por transmisión de parte de los inmuebles declarados en un mismo documento de declaración, se declarará al Registro de Inversiones dicha desinversión parcial.

En caso de *transmisión de bienes inmuebles entre no residentes* se cumplimentará un modelo impreso D-2A por el adquirente y un modelo impreso D-2B por el transmitente.”

d) Inversiones en valores negociables.

Bajo este epígrafe se comprenden los valores negociables en general, comprendiendo aquí los valores representativos de acciones de sociedades españolas, y también los representativos de empréstitos emitidos por entidades públicas o privadas residentes, y las participaciones en fondos de inversión. Además, parece que el RD 664/1999, en su artículo 4.2.b.2.º.2.^a, asimila en cierto modo a los anteriores los valores no negociados en mercados secundarios pero que las partes hayan depositado o registrado tales valores voluntariamente.

La Orden regula el procedimiento para la declaración de estas inversiones y su liquidación, en el título II, capítulo IV, artículos 21 a 30, y aclara el ámbito de estos preceptos en su artículo 21 en los siguientes términos:

“Son objeto de regulación en el presente capítulo, los procedimientos de declaración de inversión y su liquidación relativos a las siguientes operaciones de inversión:

a) Inversiones en acciones de sociedades españolas cuyo capital esté total o parcialmente admitido a cotización en mercados de valores españoles o extranjeros, así como derechos de suscripción u otros análogos que por su naturaleza den derecho a participación en el capital de las citadas sociedades, cualquiera que sea el lugar de emisión y adquisición.

b) Inversiones en valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes, tales como bonos y obligaciones convertibles o no en acciones, pagarés y cualesquiera otros análogos, cualquiera que sea el lugar de emisión y adquisición.

c) Inversiones en fondos de inversión colectiva debidamente consti-

tuidos según la legislación española, por residentes, e inscritos en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

2. Se someterá al procedimiento de declaración previsto en el presente capítulo, la suscripción de acciones y valores equiparables a acciones de sociedades españolas cuyo capital no esté admitido a cotización en aquellos casos en que se haya previsto la cotización de las referidas acciones y valores mediante el correspondiente folleto de emisión debidamente verificado y registrado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

3. El concepto de valor negociable a que se refiere la letra b) del apartado 1 del presente artículo se entenderá en los términos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y demás normas que la desarrollan, caracterizándose por su negociabilidad en términos de un mercado secundario organizado y su agrupación en emisiones.

No tendrá la consideración de inversión extranjera en valores negociables la adquisición de valores librados singularmente, cuya adquisición intrínsecamente adopta la forma de préstamo financiero, o en cuya emisión no concurren las circunstancias propias de los valores negociables definidos en el artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.”

Depósitos de valores (art. 22 de la Orden).

Se parte de la base de que los no residentes que suscriban o adquieran valores negociables en el mercado español, por cuenta propia o de terceros, deberán mantener sus cuentas de valores o depósitos de títulos en una de las entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, o del órgano de compensación y liquidación de valores del mercado correspondiente, en los que éstos estén registrados (ap. 1).

Podrán actuar como depositarias o administradoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta las entidades recogidas en el artículo 37 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (ap. 2).

Las entidades españolas o extranjeras autorizadas en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea que se propongan actuar en España como entidades depositarias o administradoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, adquiridos por no residentes en el mercado español, deberán notificarlo a la Dirección General de Comercio e Inversiones antes de comenzar a ejercer dicha actividad, según el modelo de escrito que se establezca en la correspondiente Resolución (ap. 3). Esta Resolución es la de 31 de mayo de 2001 a que antes hemos hecho referencia.

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

En los casos en que la “entidad registrada” no realice las funciones de liquidación de la inversión en el correspondiente mercado, deberá hacer constar en la correspondiente orden de abono o adeudo que remita al intermediario que realice tal función, la condición de no residente del titular de la cuenta adeudada o abonada. Tal circunstancia deberá a su vez comunicarse por dicho intermediario a la entidad depositaria (ap. 4).

En el caso de constitución de depósitos o cuentas de valores de no residentes por transmisiones cuyo pago no se efectúe a través de cuenta de no residente a nombre del titular del depósito o cuenta de valores abierta en oficina de “entidad registrada”, la entidad depositaria vendrá obligada a exigir del titular la acreditación de su no residencia (ap. 5).

Cuando los titulares no residentes de depósitos o cuentas de valores traspasen éstos de una entidad a otra, la entidad receptora comprobará que se trata de un depósito o cuenta de valores de no residente (ap. 6).

Lo establecido en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de lo que los reglamentos de los mercados secundarios de valores prevean respecto de los enlaces entre depositarios centrales y sistemas de compensación y liquidación de valores con sede en la Unión Europea, al amparo de lo establecido en el artículo 57.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (ap. 7). Véase también la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

Entidades obligadas a declarar (art. 23 de la Orden).

Las inversiones extranjeras en valores negociables deberán declararse al Registro de Inversiones de acuerdo con las siguientes indicaciones:

Las entidades depositarias o administradoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta y, en su caso, la entidad gestora del mercado correspondiente, deberán remitir al Registro de Inversiones las comunicaciones mensuales de “flujos” de inversiones extranjeras en valores negociables a que se refiere el apartado 1 a) y c) del artículo 21 de la presente Orden, según el procedimiento establecido en el artículo 25.2.1 de la presente Orden y las comunicaciones anuales de saldos de inversiones extranjeras efectuadas en los valores negociables, a que se refiere

el artículo 21, según el procedimiento establecido en el artículo 25.2.2.º de la presente Orden. Asimismo, deberán declarar los cambios de residencia de los titulares de los depósitos o saldos anotados de valores (ap. 1).

Las entidades que, sin actuar como depositarias de inversiones extranjeras, liquiden operaciones de compra o de venta de los indicados valores por orden de no residentes, deberán efectuar la notificación a que se refiere el artículo 22.3 de la presente Orden, antes de comenzar a ejercer dicha actividad. Estas entidades deberán remitir al Registro de Inversiones las comunicaciones mensuales de “flujos” sobre inversiones extranjeras en los valores negociables a que se refiere el artículo 21 en su apartado 1 a) y c) de la presente Orden (ap. 2).

Dichas comunicaciones se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 25 siguiente y a las instrucciones que se establezcan en la correspondiente Resolución (ap. 3).

Comunicación de participaciones significativas (art. 24 de la Orden).

En los casos previstos en el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisición por éstas de acciones propias y sus modificaciones posteriores, el titular de la inversión extranjera en los valores negociables deberá presentar la Comunicación de Participaciones Significativas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Ésta se encargará de transmitir dicha información al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía.

Según el artículo 1 del RD 377/1991, después de su modificación por el artículo 11 del Real Decreto 2590/1998, de 7 de diciembre:

“Las adquisiciones o transmisiones de acciones de sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en Bolsa de Valores que determinen que el porcentaje de capital que quede en poder del adquirente alcance el 5 por 100 o sus sucesivos múltiplos, o que el que quede en poder del transmitente descienda por debajo de alguno de dichos porcentajes, se comunicarán a la sociedad afectada, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores en que sus acciones estén admitidas a negociación y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto.

El porcentaje a que se refiere el párrafo anterior será del 1 por 100, o sus sucesivos múltiplos, siempre que el adquirente, o quien actúe por su cuenta, tenga su residencia en un paraíso fiscal, conforme a la legislación vigente, o en un país o territorio que carezca de órgano supervisor de los mercados de valores o cuando, aun existiendo, se niegue a inter-

cambiar información con la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Los países o territorios que se encuentran en este último supuesto serán especificados por el Ministro de Economía y Hacienda a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.”

Interesa también el actual artículo 2 de dicho RD 377/1991 que define el concepto de adquisición en los siguientes términos:

“1. A los efectos del presente capítulo se considerarán adquisiciones o transmisiones las que tengan lugar tanto por título de compraventa, como las que se produzcan en virtud de cualquier otro título oneroso o lucrativo, con independencia del modo en que se instrumenten.

Se asimilará a una adquisición de acciones la celebración de acuerdos o convenios con otros accionistas en virtud de los cuales las partes quedan obligadas a adoptar, mediante un ejercicio concertado de los derechos de voto de que dispongan, una política común duradera en lo que se refiere a la gestión de la Sociedad. La ruptura o modificación de dichos acuerdos o convenios deberá ser también objeto de comunicación.

2. *En los supuestos de usufructo o prenda de las acciones* tendrá la consideración de titular de las mismas quien ostente la titularidad de los correspondientes derechos de voto, sea propietario, usufructuario o acreedor pignoraticio.

3. En el supuesto de copropiedad de acciones tendrá la consideración de titular la persona designada para ejercer los derechos de voto, si es uno de los copropietarios; en otro caso, se estará a la participación de cada uno de los copropietarios en la comunidad.

4. En el supuesto de celebración de los acuerdos o convenios, a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 anterior, tendrá la consideración de titular aquella de las partes celebrantes que posea previamente el mayor número de derechos de voto.”

Igualmente interesa el actual artículo 5 del repetido RD 377/1991, conforme al cual:

“En el supuesto de nombramiento de administradores de sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en una Bolsa de Valores, aquéllos comunicarán a las entidades mencionadas en el artículo 1 las acciones de la sociedad y las opciones sobre éstas de que sean titulares en el momento de su acceso a la condición de administrador. Dicha comunicación comprenderá a las acciones u opciones de que sean titulares, tanto por sí, como a través de sociedades que controlen, o a través de otras personas interpuestas, con independencia de su cuantía.

Igualmente los administradores de sociedades cuyas acciones están admitidas a negociación en una Bolsa de Valores comunicarán a las entidades mencionadas en el artículo 1 todas las adquisiciones o transmisiones de acciones de dichas sociedades, y opciones sobre éstas, que rea-

licen por sí, a través de sociedades que controlen o a través de otras personas interpuestas, con independencia de su cuantía.

A estos efectos se asimilarán al derecho de opción sobre acciones los «warrants», obligaciones convertibles o canjeables y cualesquiera otros valores que atribuyan a sus titulares el derecho a suscribir o adquirir acciones.

Las comunicaciones en materia de opciones sobre acciones se regularán por lo establecido en el capítulo III de este Real Decreto.”

Procedimiento de declaración (art. 25 de la Orden).

Las entidades depositarias o administradoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta, o que sin actuar como depositarias de inversiones extranjeras, liquiden operaciones de compra o venta de los indicados valores por orden de no residentes, comunicarán las operaciones relativas a inversión extranjera de acuerdo con las siguientes normas:

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

b) Dichas comunicaciones se realizarán de acuerdo con lo dispuesto en el presente capítulo aunque no se hayan registrado operaciones en el período de referencia (ap. 1).

Serán objeto de comunicación a la Dirección General de Comercio e Inversiones las siguientes operaciones (ap. 2):

1.º Información sobre flujos:

a) Las operaciones de mercado ordinarias y extraordinarias de no residentes a que se refiere el artículo 36 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

i) Corresponderá declarar las compras y ventas de valores negociables por parte de no residentes a las entidades que liquiden la operación en el mercado.

ii) Las compras y ventas de valores bursátiles liquidadas fuera del sistema de compensación y liquidación de valores, incluidas las compraventas en el extranjero entre no residentes, deberán ser comunicadas por el miembro del mercado que intervenga la operación.

iii) Los desdoblamientos o agrupaciones de acciones no se declararán en ningún caso.

b) Las suscripciones de capital, realizadas directamente con la sociedad emisora o a través del banco o sociedad agente que ésta designe, se declararán, por similitud con las operaciones ordinarias y extraordi-

narias, por la entidad que tramite y liquide la suscripción del no residente. Se procederá análogamente en el caso de amortizaciones o reembolsos de capital.

c) Las altas y bajas de depósitos de no residentes relativas a operaciones por título distinto del de compraventa y otras causas, serán siempre comunicadas por la entidad depositaria o administradora de la anotación en cuenta.

d) En el caso de obligaciones convertibles en acciones, se declararán en el mes correspondiente al canje las acciones recibidas a las que se les asignará el código de mercado que corresponda, se trate o no de títulos de nueva emisión.

e) En cuanto a la declaración de inversión extranjera en España en fondos de inversión inscritos en los Registros de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, la entidad obligada a declarar es la Sociedad Gestora del Fondo.

f) En ningún caso deberán incluirse en estos registros los traspasos de valores de una entidad residente a otra por orden del titular no residente sin cambio de titularidad del depósito. Sin embargo, cuando una entidad residente traspare o reciba el traspaso de valores a o de otra entidad no residente deberá comunicarlo según las instrucciones de la Resolución de desarrollo de la presente Orden.

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

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

2.º Información sobre saldos:

Se declararán los depósitos y saldos anotados en cuenta propiedad de no residentes, existentes a 31 de diciembre.

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

Esta comunicación se presentará anualmente dentro del mes de enero, referida a los depósitos o saldos anotados existentes a 31 de diciembre del año natural anterior. No obstante lo anterior, la Dirección General de Comercio e Inversiones podrá requerir estas comunicaciones con una periodicidad distinta, por medio de carta circular dirigida a las entidades declarantes (ap. 2).

La remisión de información se realizará de acuerdo con las instrucciones que se establezcan en la correspondiente Resolución de desarrollo de la presente Orden (ap. 3).

Declaración de depósitos mantenidos a través de enlaces entre depositarios centrales y sistemas de compensación y liquidación de valores con sede en el extranjero (art. 26 de la Orden).

En el caso de valores negociables registrados a través de enlaces por depositarios centrales y sistemas de compensación y liquidación de valores con sede en el extranjero en sistemas de compensación y liquidación de valores nacionales, corresponderá efectuar las declaraciones a que se refiere el artículo 25.2.2.º de la presente Orden, a la entidad gestora del sistema correspondiente, que lo hará en nombre del depositario o sistema inversor (ap. 1).

Las entidades que a 31 de diciembre mantengan depósitos en depositarias o sistemas de compensación y liquidación no residentes, de valores emitidos en España por el Estado español, las Comunidades Autónomas y otros organismos, así como entidades financieras y no financieras, públicas y privadas residentes en España, bien por cuenta de clientes residentes o por cuenta propia, deberán remitir dicha información junto a la que se refiere el artículo 25.2.2.º de la presente Orden y conforme a las instrucciones que se establezcan en la Resolución correspondiente (ap. 2).

EUROCLEAR y CEDEL se encuentran incluidos en el régimen establecido por el presente artículo (ap. 3).

(EUROCLEAR es un sistema de compensación y liquidación del euro-mercado, fundado en Bruselas en el año 1968 por la Banca Morgan. Después, en 1972, lo compró una sociedad inglesa llamada Euroclear Clearing System PLC. Hoy es propiedad de más de un centenar de participantes.

Y CEDEL es el anagrama de “Centre de Livraison de valeurs mobilières”, sistema de compensación que se constituyó en 1970 en Luxemburgo por varios bancos europeos al objeto de reducir el traslado material de títulos sustituyéndolos por un mecanismo de compensación. Hoy CEDEL es el nombre de un Banco, de un Grupo de sociedades y entre ellas CEDEL INTERNATIONAL. Según mis noticias, CEDEL INTERNA-

TIONAL y DEUTSCHE BÖRSE CLEARING AG se han fusionado al 50 por 100 cada una para crear THE EUROPEAN CLEARING HOUSE) (4).

Además, la Dirección General de Comercio e Inversiones estará facultada para requerir dicha información sobre los depósitos constituidos en otras entidades distintas de las señaladas (ap. 4).

Resultado de las ofertas públicas de venta (OPV) o de suscripción (OPS) de sociedades residentes (art. 27 de la Orden).

Las entidades que conforme al folleto de oferta pública de venta o suscripción, registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, actúen como entidad agente de la operación, deberán remitir a la Subdirección General de Inversiones Exteriores de la Dirección General de Comercio e Inversiones la siguiente información relativa a los compradores no residentes en un plazo de quince días después de la finalización de la OPV y/u OPS:

a) Desglose por entidad adherida liquidadora de compras de no residentes ante el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, u otros sistemas para valores anotados en cuenta o, en su caso, desglose por entidad liquidadora de compras de no residentes ante la sociedad rectora para el resto de valores bursátiles, incluida la opción de compra o suscripción que internacionalmente es conocida como “green-shoe” si la hubiera y fuese ejercida por inversores no residentes, especificando el número de acciones, importe nominal e importe efectivo.

[“Green shoe” literalmente significa “zapato verde”. Se llama así precisamente porque fue “Green Shoe Manufacturing”, una fábrica de zapatos (verdes), quien empleó este procedimiento por primera vez. El procedimiento a que me refiero y al que se le ha venido llamando “green shoe” consiste en una cláusula puesta en los contratos de aseguramiento y colocación de los valores en supuestos de ofertas públicas de suscripción de valores y en los de ofertas públicas de venta de valores, por la que la sociedad emisora y/o los accionistas conceden una opción de compra de acciones a las entidades que intervengan como coordinadoras globales de la respectiva oferta pública] (5).

b) Resultado de la OPV y/u OPS en Bolsas extranjeras si tuviese lugar en ellas.

(4) Datos tomados a través de Internet.

(5) Datos tomados a través de Internet.

Admisión a cotización en Bolsa de Valores de sociedades españolas (art. 28 de la Orden).

Cuando se produzca la admisión a cotización en Bolsas españolas de valores de sociedades españolas, con participación extranjera que anteriormente no cotizaban, el inversor extranjero vendrá obligado a presentar la pertinente Comunicación de Participaciones Significativas, cuando proceda, según lo expuesto en el artículo 24 de la presente Orden (ap. 1).

Sin perjuicio de lo anterior, los titulares de inversiones extranjeras y las entidades depositarias o administradoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta quedarán sometidos desde la fecha de admisión a cotización de la sociedad española, a las condiciones y procedimientos previstos en el presente capítulo (ap. 2).

Exclusión de Bolsa (art. 29 de la Orden).

Desde la fecha de exclusión, la inversión extranjera en la sociedad en cuestión se regirá por lo dispuesto en el capítulo 111 de la presente Orden sobre declaración de inversión en sociedades no cotizadas, por lo cual las entidades depositarias o administradoras de valores representados mediante anotaciones en cuenta dejarán de efectuar las comunicaciones sobre flujos y saldos de inversión extranjera en valores negociables referentes a la sociedad excluida.

Canje de valores (art. 30 de la Orden).

Si se produjera el canje de valores de sociedades no cotizadas por valores negociables de otras sociedades, deberá presentarse el modelo impreso D-1B de liquidación de la inversión, intervenido por la sociedad o Agencia de Valores o el miembro de un mercado secundario, oficial o no, de valores que tome razón de la operación, junto con la Comunicación de Participaciones Significativas, si procede. Los valores adquiridos por el canje se incluirán como flujo de compra en la información de la entidad depositaria o administradora a la que corresponda informar (ap. 1).

En los casos en que se produzca el canje de valores negociables por valores de otras sociedades no cotizadas, se presentará la correspondiente Comunicación de Participaciones Significativas por los títulos entregados en canje, si procede, junto con el modelo impreso D-1A de declaración de inversión extranjera en valores no negociables, intervenido por la entidad que tome razón de la operación. Los valores entregados en canje se incluirán como flujo de venta en la información de la entidad depositaria o administradora a la que corresponda informar (ap. 2).

Declaración al Banco de España de operaciones y saldos de activos y pasivos exteriores en valores negociables.

La Circular del Banco de España n.º 2/2001, de 18 de julio, sobre Declaración de operaciones y saldos de activos y pasivos exteriores en valores negociables (BOE de 2 de agosto de 2001, corrección de errores en BOE de 10 agosto de 2001), impone la obligación de remitir al Banco de España la información que describe. Quedan sometidos a esta obligación (Norma 1.ª):

1. Los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito inscritos en los registros oficiales del Banco de España y la Confederación Española de Cajas de Ahorro.

2. Aquellas otras entidades de crédito y financieras residentes inscritas en los registros oficiales del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que actúen como entidades depositarias o liquidadoras en los mercados organizados de valores negociables.

3. Aquellas otras entidades de crédito y financieras residentes inscritas en los registros oficiales del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que, sin actuar como entidades depositarias o liquidadoras en los mercados organizados de valores negociables, mantengan activos en forma de valores negociables depositados en entidades no residentes, y las sociedades gestoras de fondos de inversión, por lo que se refiere a las participaciones de no residentes en fondos de inversión españoles.

4. Las demás personas físicas y jurídicas residentes que mantengan activos en forma de valores negociables depositados en entidades no residentes.

Las entidades mencionadas en los apartados 1, 2 y 3 de la norma 1.ª, en principio deben remitir con periodicidad mensual dentro de los diez días hábiles siguientes al fin de cada mes, la información que se describe y que se resume en los cuadros 1A y 1B del anexo de la Circular (Norma 2.ª.1). Pero podrán remitir la información con periodicidad trimestral dentro de los diez días siguientes al fin de cada trimestre natural cuando se cumplan cada uno de los requisitos que se señalan en la norma 3.ª.1.

Las personas físicas y jurídicas mencionadas en el apartado 4 de la norma 1.ª, que realicen operaciones utilizando cuentas de valores abiertas con entidades depositarias no residentes o mantengan depositados saldos de valores en entidades no residentes, deberán remitir, con periodicidad mensual, dentro de los diez días hábiles siguientes al fin de cada mes, la información que se describe y que se resume en los cuadros 2A y 2B del anexo de la Circular (Norma 2.2). Pero no estarán obligadas a remitir la información cuando se cumplan cada uno de los requisitos que señala la Norma 3.ª.2.

VIII. Otras obligaciones

Se refiere a ellas el Capítulo V del Título II, que consta de un solo artículo, el 31, que regula las *Memorias anuales* que en ciertos casos deben formular las empresas españolas participadas por no residentes. Según dicho precepto:

“1. Las empresas españolas participadas por no residentes deberán presentar ante la Dirección General de Comercio e Inversiones una Memoria anual relativa al desarrollo de la inversión en los casos que se enumeran a continuación.

a) Las sucursales en España de empresas no residentes, cualquiera que sea su cifra de capital o fondos propios.

b) Las sociedades españolas que sean dominantes de un grupo de empresas, según la definición del Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, sobre normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, cuando la participación de no residentes en su capital social sea igual o superior al 50 por 100 o cuando la participación de un inversor no residente en su capital social o en el total de los derechos de voto sea igual o superior al 10 por 100. En dicha Memoria constarán los datos de la sociedad dominante antes y después de la consolidación con las empresas del grupo.

c) Las sociedades españolas cuyo capital o fondos propios sean superiores a 500.000.000 de pesetas o 3.005.060,52 euros, deberán presentar Memoria de actividad en los siguientes casos:

1.º Cuando la participación de inversores no residentes en su capital social sea igual o superior al 50 por 100.

2.º Cuando la participación de algún inversor no residente en su capital social o en el total de los derechos de voto sea igual o superior al 10 por 100.

En el caso de las sociedades españolas que cotizan en Bolsa, sólo se computará como participación de no residentes, a los efectos de alcanzar el porcentaje del 50 por 100, las participaciones de inversores no residentes que superen individualmente el 5 por 100 de su capital social.

2. La Memoria se presentará en el modelo-impreso D-4, en el plazo máximo de nueve meses a partir del cierre del ejercicio social y referida a dicho ejercicio. Se dirigirá a la Dirección General de Comercio e Inversiones acompañada de fotocopia del Impuesto de Sociedades o de las cuentas anuales del ejercicio correspondiente a los datos recogidos en aquélla.

3. Los impresos de la Memoria anual constarán de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para la sociedad declarante.

Una vez presentada la citada Memoria, el declarante retendrá el ejemplar que le corresponde debidamente sellado, si bien la Dirección General de Comercio e Inversiones podrá solicitar a la sociedad declarante cuantas aclaraciones estime pertinentes sobre los datos contenidos en la Memoria.

4. La Dirección General de Comercio e Inversiones podrá requerir individualmente la presentación de la Memoria anual, conforme al procedimiento establecido en los apartados anteriores, a las sociedades españolas que aun no cumpliendo las condiciones recogidas en el apartado 1 del presente artículo, tengan participación extranjera en su capital.”

RÉGIMEN DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR

Se hallaban reguladas por el RD 672 de 2 de julio de 1992, complementado por la Resolución de la DGTE (hoy DGCI), de 7 de julio de 1992, sobre procedimiento de tramitación y registro de las inversiones españolas en el exterior. Tal regulación seguía una vía paralela a la de las inversiones extranjeras en España.

Actualmente el RD 664 de 23 de abril de 1999, bajo la calificación genérica de “inversiones exteriores” comprende tanto las inversiones extranjeras en España como las españolas en el exterior. En el actual Decreto regulador se comprenden normas comunes a unas y otras, como son gran parte de las contenidas en el Capítulo I y las del Capítulo III. Dedicamos específicamente a las inversiones españolas en el exterior las normas del Capítulo II.

Contemplamos la inversión, por supuesto, desde el punto de vista de nuestro control de cambios en cuanto movimiento de capitales que pueden salir de España (o dejar de entrar), y que de alguna manera deben o pueden producir algún rendimiento o retorno, o contribuir a que éstos puedan producirse. Desde este punto de vista, *las inversiones españolas en el exterior están totalmente liberalizadas*, sin perjuicio de las obligaciones de declaración que luego estudiaremos.

También los *cobros y pagos derivados de la inversión* están liberalizados. “Con independencia de la clase de aportación en que se materialicen las inversiones exteriores –dice el art. 1.3 del RD 664/1999–, los cobros y pagos derivados de las reguladas por el presente Real Decreto se efectuarán conforme a los procedimientos establecidos en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas

con el exterior y sus disposiciones de desarrollo”. Precepto este de aplicación común a las inversiones extranjeras en España y a las inversiones españolas en el exterior, también desde el punto de vista de nuestro control de cambios, y del que ya nos hemos ocupado al estudiar las inversiones extranjeras.

Pero hay otro aspecto que en todo caso hay que estudiar previamente: bajo qué condiciones el país receptor admite que la inversión se produzca, y si existe o no la posibilidad de repatriación de los posibles beneficios de la inversión y en su momento del producto de la liquidación de la inversión. Aspectos todos ellos que son cambiantes, tanto como distinta es la legislación de los diversos países sobre inversiones extranjeras en cada uno de ellos, y cuyo estudio no es posible hacerlo ahora.

I. Noción de las inversiones españolas en el exterior

Son las realizadas por los “sujetos de inversión española en el exterior”, que en definitiva son las personas físicas y jurídicas residentes en España, con la salvedad que luego veremos.

También aquí los requisitos para que se dé una inversión, calificable de “española en el exterior”, son en cierto modo análogos a los precisos para que exista una inversión extranjera en España:

1.º Que el bien o derecho a adquirir esté sito en el extranjero, o la sociedad destinataria de la inversión esté domiciliada en el extranjero, o la sucursal o establecimiento se halle o se abra en el extranjero.

2.º Que se trate de una de las inversiones españolas en el exterior tipificadas por el RD 664/1999. También aquí su número es “clausus”. Una inversión distinta sería o daría lugar a una figura de importación o a otra según los casos.

3.º Que el titular de la inversión sea, según hemos indicado, un “sujeto español de inversión en el exterior”, que no quiere decir que tenga la nacionalidad española cuando le calificamos de “español”, pero sí que tenga su residencia en España, es decir, que sea persona física o jurídica residente en España.

II. Sujetos de inversiones españolas en el exterior

Según el artículo 5 del RD 664/1999:

“Pueden ser titulares de inversiones españolas en el exterior:

a) Las personas físicas residentes en España, entendiéndose por tales los españoles o extranjeros con domicilio o residencia principal en España.

b) Las personas jurídicas domiciliadas en España.”

Las condiciones de residente y de no residente se acreditarán, según dispone el artículo 1.4 del RD 664/1999, de conformidad a lo dispuesto en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 2 del RD 1816/1991, de 20 de diciembre, del que nos hemos ocupado anteriormente.

Las inversiones realizadas en el extranjero por personas físicas residentes en España perderán su condición de españolas en el exterior cuando su titular pierda la residencia en España y no adquirirán tal condición las que realice a partir de ese momento. Y añade que las inversiones realizadas en el extranjero por personas físicas no residentes en España adquirirán la condición de inversiones españolas en el exterior cuando sus titulares trasladen su residencia a España.

Así se deduce de la norma del artículo 12 del RD 664/1999, conforme al cual:

“El cambio de domicilio social de personas jurídicas o el traslado de residencia de personas físicas determinarán el cambio en la calificación de una inversión como española en el exterior o extranjera en España. El procedimiento de declaración de las inversiones derivadas del cambio de domicilio o residencia se establecerá en las normas de desarrollo del presente Real Decreto.”

Estas normas se contienen en el artículo 4 de la Orden de 28 de mayo de 2001 ya estudiada al hablar del traslado de residencia.

En consecuencia, tanto la adquisición como la pérdida de la condición de inversión española en el exterior, por cambio de residencia, deberán ser declaradas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía, en el plazo de seis meses a contar desde el momento en que se produzca el cambio de residencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la referida Orden.

III. Clases de inversiones españolas en el exterior

En forma análoga a la que prevé el artículo 3 para las inversiones extranjeras en España, el artículo 6 del RD 554/1999, dispone:

“1. Las inversiones españolas en el exterior, a los efectos establecidos en el artículo siguiente, podrán llevarse a efecto a través de cualquiera de las siguientes operaciones:

a) La participación en sociedades extranjeras.

Se entienden comprendidas bajo esta modalidad tanto la constitución de sociedades como la suscripción y adquisición de acciones o asunción de participaciones sociales. Asimismo, quedan también incluidos en el

presente párrafo la adquisición de valores tales como derechos de suscripción de acciones, obligaciones convertibles en acciones u otros valores análogos que por su naturaleza den derecho a la participación en el capital, así como cualquier negocio jurídico en virtud del cual se adquieran derechos políticos.

- b) La constitución y ampliación de dotación de sucursales.
- c) La suscripción de valores negociables representativos de empréstitos, emitidos por no residentes.
- d) La participación en fondos de inversión extranjeros.
- e) La adquisición de bienes inmuebles sitos en el extranjero cuyo importe total supere los 250.000.000 de pesetas o su contravalor en euros (1.502.530,26 euros), o cuando, con independencia de su importe tenga como destino los territorios o países considerados como paraísos fiscales de acuerdo con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

La constitución, formalización o participación en contratos de cuentas en participación, fundaciones, agrupaciones de interés económico, cooperativas y comunidades de bienes cuando el valor correspondiente a la participación de los inversores residentes, por sí mismos o en unión de las previamente existentes, sea superior a 250.000.000 de pesetas o su contravalor en euros (1.502.530,26 euros) cuando con independencia de su importe, tengan como destino los territorios o países considerados como paraísos fiscales de acuerdo con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

2. A efectos estadísticos se asimilará a estas operaciones de inversión española en el exterior la adquisición por residentes de valores emitidos por residentes y adquiridos en mercados secundarios extranjeros.”

IV. Régimen de estas inversiones

Como ya hemos anticipado, las inversiones españolas en el exterior están plenamente liberalizadas, no están sujetas a verificación ni a autorización. Pero sí a declaración.

1. *Declaración de la inversión.*— Todas las inversiones españolas en el exterior están sujetas a la obligación de declaración con posterioridad a la inversión. Y en algunos casos, además, a declaración previa.

Los modelos impresos de declaración se detallan en el artículo 32 de la Orden conforme al cual:

“1. Los modelos impresos a utilizar para efectuar la declaración previa de proyectos de inversiones españolas con destino en paraísos fiscales

así como para efectuar la declaración posterior de inversiones españolas en el exterior y de su liquidación así como para la presentación de la Memoria anual relativa al desarrollo de la inversión en el exterior, al Registro de Inversiones son los siguientes:

DP-3: «Declaración previa de inversión española en paraísos fiscales en sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».

DP-4: «Declaración previa de inversión española en paraísos fiscales en bienes inmuebles».

D-5A: «Declaración de inversión española en sociedades extranjeras no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».

D-5B: «Declaración de liquidación de inversión española en sociedades extranjeras no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión».

D-6: «Declaración de titulares de inversión española en el exterior en valores negociables».

D-7A: «Declaración de inversión española en bienes inmuebles».

D-7B: «Declaración de liquidación de inversión española en bienes inmuebles».

D-8: «Memoria anual relativa al desarrollo de la inversión en el exterior».

E1: «Declaración de inversión española en el exterior en valores negociables. Resumen mensual o anual».

E2: «Declaración de inversión española en el exterior en valores negociables. Relación de operaciones mensuales o depósitos anuales».

Los modelos impresos que acabamos de referir se contienen, en cuanto a los seis primeros, en la Resolución de la DGCI de 30 de mayo de 2001, y los dos últimos en la Resolución de la DGCI de 31 de mayo de 2001, a que antes hemos hecho referencia.

2. La rectificación de errores en los datos de las declaraciones al Registro de Inversiones, efectuadas en modelos ya derogados o en vigor, se efectuará en los modelos citados en el apartado anterior según la operación de inversión de que se trate, de acuerdo con las instrucciones que se establezcan en las normas de desarrollo de la presente Orden.

La modificación en los datos declarados al Registro de Inversiones que no constituya rectificación de errores ni implique la obligación de declarar una nueva inversión o una liquidación, tales como la modificación de la razón social o cualquier operación societaria que, sin haber mediado operación de inversión española, implique una modificación del porcentaje de participación española en la empresa extranjera, entre otras, se comunicará, en un plazo de tres meses desde la formalización de la operación, mediante escrito dirigido a la Dirección General de Comercio e Inversiones, acompañado de documentación acreditativa.”

Declaración previa y declaración posterior.

El RD regulador sigue un camino paralelo al trazado en el artículo 4 para las inversiones extranjeras en España, distinguiendo igualmente en el artículo 7 los supuestos de declaración previa y los de declaración posterior a la inversión. En cierto modo, como vamos a ver, la declaración previa recuerda a la antigua verificación.

Así, según el artículo 7:

“1. Las inversiones españolas en el exterior y su liquidación serán declaradas al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Economía), con una finalidad administrativa estadística o económica.”

Se ha puesto especial énfasis en proclamar la “finalidad administrativa estadística o económica”, con la vista puesta en Bruselas. No se habla para nada de finalidades fiscales, aunque bien pudieran comprenderse en la amplia expresión de la *finalidad económica*.

“2. La obligación de declaración a que se refiere el apartado anterior se ajustará a las siguientes reglas:

“a) Si la declaración tiene por objeto una inversión que tenga como destino los territorios o países considerados como paraísos fiscales, entendiéndose por tales los territorios o países previstos en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, el titular de la inversión deberá efectuarla con *carácter previo* a la realización de la misma. Esta declaración se entenderá *sin perjuicio de la que hay que efectuar con posterioridad* a la realización de la inversión, conforme a la regla siguiente.”

“No obstante, *se exceptuarán de la declaración previa* los supuestos siguientes:

“1.º) Las inversiones en valores negociables ya sean emitidos u ofertados públicamente ya sean negociados en un mercado secundario oficial o no, así como las participaciones en fondos de inversión.

“2.º) Las inversiones que no permitan al inversor influir de manera efectiva en la gestión o control de la sociedad extranjera destinataria de las mismas. Se presume que existe dicha influencia cuando la participación directa o indirecta del inversor sea igual o superior al 10 por 100 del capital de la sociedad, o, cuando no alcanzándose dicho porcentaje permita al inversor formar parte directa o indirectamente de su órgano de administración.

El artículo 34 de la Orden detalla el procedimiento de la declaración previa de las inversiones españolas con destino en paraísos fiscales. Según dicho precepto:

1. En las declaraciones previas a la realización de inversiones españolas a que se refiere el artículo anterior, no se exigirá la aportación de

ningún documento adjunto a los modelos impresos de declaración correspondientes.

2. Las declaraciones previas de proyectos de inversiones españolas deberán efectuarse por el titular de la inversión proyectada en los modelos impresos DP-3 o DP-4.

Los citados modelos impresos de declaración previa constarán de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión proyectada.

El titular retendrá el ejemplar 2 debidamente sellado en el que constará el lugar de presentación así como la fecha y servirá al interesado de prueba de que la declaración previa ha sido presentada.

3. La declaración previa de proyectos de inversiones españolas tendrá una validez de seis meses contados desde su presentación. Si no se materializa en ese plazo la inversión, deberá presentarse una nueva declaración previa.

“b) La *declaración posterior* a la realización de la inversión se ajustará a las siguientes reglas:

“1.^a) Con carácter general, la declaración al Registro de Inversiones de las operaciones de inversión española en el exterior deberá efectuarse directamente por el titular de la inversión.

“2.^a) Con carácter especial, las inversiones efectuadas en valores negociables canalizadas a través de empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades residentes que, en su caso, realicen algunas de las actividades propias de aquéllas y que actúen por cuenta y riesgo del inversor como titular interpuesto de dichos valores, serán declaradas al Registro de Inversiones por dicha entidad que remitirá la información que se determine en las normas de aplicación del presente Real Decreto.

“3. La forma y plazo para efectuar las declaraciones se determinarán en las normas de aplicación del presente Real Decreto.

“4. Los residentes titulares de inversiones en el exterior podrán ser requeridos con carácter general o particular, a presentar ante la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores (hoy Dirección General de Comercio e Inversiones) una *memoria anual* relativa al desarrollo de la inversión en el plazo y con el contenido que se establezca en las normas de desarrollo del presente Real Decreto.”

La Orden regula con mayor detalle, en sus artículos 25 y siguientes, las declaraciones posteriores distinguiendo los diferentes casos que pasamos a exponer.

2. Reglas sobre declaración posterior contenidas en la Orden.

Distingue la Orden unos requisitos generales, y otros especiales según la clase de inversión.

3. Requisitos generales de las declaraciones posteriores (art. 36).

1. En las declaraciones posteriores a la realización de la inversión española en el exterior, el titular deberá acreditar las circunstancias que se relacionan a continuación, presentando los documentos acreditativos de dichas circunstancias que se dirigirán, junto con el modelo impreso de declaración, al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía.

a) Su condición de residente en España, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la presente Orden.

b) Haber obtenido la autorización correspondiente en los supuestos de suspensión del régimen de liberalización a que se refiere el artículo 10 del Real Decreto 664/1999.

En estos supuestos, deberá consignarse en el modelo impreso de declaración correspondiente la fecha de la resolución expresa o aquella en la que, una vez transcurrido el plazo para resolver, la autorización se produjo por silencio administrativo.

c) Haber efectuado la declaración previa, cuando así se exija de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la presente Orden.

La acreditación se efectuará mediante la aportación del número de declaración previa presentada, haciéndolo constar en el modelo impreso de declaración correspondiente.

d) Copia del documento acreditativo del negocio jurídico celebrado en el que consten las principales características de la inversión realizada.

e) Fotocopia del documento nacional de identidad (DNI) del titular de la inversión o documento administrativo en el que conste el número de identificación fiscal (NIF) o número de identificación de extranjero (NIE).

2. Cuando se trate de declaración de liquidación, el titular de la inversión deberá aportar copia del documento acreditativo del negocio jurídico celebrado en el que consten las principales características de la liquidación realizada. Asimismo, deberá hacer constar el número o números que figuren en el ejemplar o ejemplares del impreso o impresos de declaración correspondientes a la inversión o inversiones que se liquiden.

3. Si en el plazo de un mes desde la realización de la operación no se pudiera disponer de los documentos acreditativos del negocio jurídico a que se refiere la letra d) del apartado 1 y el apartado 2 de este artículo, se admitirán provisionalmente como documentos acreditativos, declaraciones del inversor en que consten las características principales de la

inversión o liquidación. Una vez se disponga de los documentos, se presentarán al Registro de Inversiones en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su expedición.

4. Supuestos de sociedades no cotizadas, sucursales y otras formas de inversión. Declaración (art. 37 de la Orden).

1. Las operaciones de inversión española en el exterior referidas en las letras a), b) y d) del artículo 35 de la presente Orden se declararán al Registro de Inversiones, con independencia de que la operación de inversión de que se trate esté sometida o no a la obligación de declaración previa a que se refiere el artículo 33 de la presente Orden.

La declaración se dirigirá al Registro de Inversiones del Ministerio de Economía, en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha de realización de la inversión.

Se tomará como fecha de realización de la inversión la fecha que figure en el documento acreditativo del negocio jurídico realizado, sin perjuicio de poder acreditarla por cualquier otro medio fehaciente.

En los casos de cambio de residencia o traslado de domicilio se tomará como fecha de formalización la del cambio de residencia del titular, rigiéndose el plazo por lo establecido en el artículo 4 de la presente Orden.

2. Para la declaración de las operaciones de inversión en sociedades no cotizadas, sucursales y en otras formas de inversión se utilizará el modelo impreso de declaración D-5A.

Éste constará de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión.

3. La obligación de declarar corresponde al titular residente de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2.b) 1.º del Real Decreto 664/1999, adjuntando los documentos a que se refiere el artículo 36 de la presente Orden que sean necesarios en cada caso.

No será necesario presentar esta documentación cuando se trate de declaraciones efectuadas por cambio de residencia, salvo la fotocopia del DNI o documento administrativo en el que conste el NIF del titular de la inversión española en el exterior.

En el momento de presentación de la declaración, el titular obtendrá el ejemplar 2, debidamente sellado, que servirá de prueba de que la inversión ha sido declarada.

4. La adquisición de derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones y otros análogos que por su naturaleza den derecho a participación en el capital de sociedades extranjeras, deberá declararse en

el modelo impreso D-5A en el plazo de un mes a partir del momento en que se adquieran por el inversor.

Deberá declararse igualmente como inversión, en el modelo impreso D-5A, la adquisición efectiva de las acciones o participaciones sociales derivadas del ejercicio de los derechos comprendidos en dichos instrumentos, a partir del momento en que se produzca, y en el plazo establecido en el apartado 1, segundo párrafo de este artículo. Esta declaración dará lugar a una liquidación, en el modelo D-5B, de la inversión en los derechos comprendidos en dichos instrumentos que deberá realizarse simultáneamente.

Las inversiones españolas consistentes en negocios jurídicos distintos de los especificados en los párrafos anteriores por los que se adquieran derechos políticos en sociedades extranjeras, deberán igualmente declararse en el modelo impreso D-5A en el plazo de un mes establecido en el apartado 1, segundo párrafo de este artículo.

5. Se cumplimentará un solo modelo impreso D-5A para cada inversión referida a un mismo titular y sociedad extranjera o sucursal objeto de inversión. Cada inversión sucesiva que realice un mismo titular en una misma sociedad extranjera o sucursal en el exterior dará lugar a una nueva declaración mediante el modelo impreso D-5A, teniendo en cuenta que el pago de cantidades aplazadas, incluyendo dividendos pasivos o las cantidades anticipadas, no constituye una nueva operación de inversión sometida a declaración.

No obstante lo anterior, podrán declararse en un único modelo impreso D-5A varias inversiones referidas a un mismo titular y sociedad extranjera o sucursal objeto de inversión, si se han realizado en un plazo máximo de un mes a partir de la primera operación objeto de declaración.

Liquidación (art. 38 de la Orden).

1. En caso de que se proceda a la liquidación total o parcial de una inversión española de las reguladas en este capítulo deberá presentarse por el titular declaración de la liquidación en el modelo impreso D-5B debidamente cumplimentado de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 36 y 37 anteriores.

Deberá presentarse un impreso por cada titular de la operación de liquidación en una misma empresa extranjera.

2. En los supuestos de transmisiones entre residentes se cumplimentará un modelo impreso D-5A por el adquirente y un modelo impreso D-5B para el transmitente.

5. *Inversión en bienes inmuebles. Declaración (art. 39).*

1. Las operaciones de inversiones españolas referidas en la letra c) del artículo 35 de la presente Orden, se declararán al Registro de Inversiones, con independencia de la obligación de declaración previa a que la operación de inversión esté, en su caso, sometida, en el modelo impreso D-7A que constará de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión.

La declaración se presentará en la forma y plazo que se establece en el artículo 37 de la presente Orden.

2. En caso de transmisión de bienes inmuebles entre residentes, se cumplimentará un modelo impreso D-7A por el que se declara la inversión por el adquirente y un modelo D-7B por el transmitente.

3. Cuando el titular de la inversión española entregue cantidades a cuenta, bien directamente a un promotor, bien a un cesionario no residente, para la adquisición de edificios en construcción al amparo de la legislación aplicable al efecto, no se cumplimentará el modelo D-7A hasta que se otorgue el documento público o privado de adquisición.

4. La realización de obras nuevas y ampliaciones de las mismas, reformas y mejoras, sobre inmuebles objeto de inversión española será objeto de declaración al Registro de Inversiones mediante el modelo impreso D-7A. Dichas operaciones deberán ser declaradas por el titular residente en el plazo de un mes a partir de la fecha en que la inversión entre a formar parte del patrimonio del titular de la inversión. En la declaración deberá constar, en su caso, el número del impreso o documento correspondiente a la inversión original que se declaró al Registro de Inversiones.

Liquidación (art. 40 de la Orden).

1. En el caso de que se proceda a la liquidación total o parcial de una inversión española en el exterior en bienes inmuebles, deberá presentarse por el titular, declaración de la liquidación en el modelo impreso D-7B debidamente cumplimentado y suscrito por el titular.

2. En el caso de liquidaciones parciales bien por cambio de uno o varios de los titulares de una propiedad pro indiviso, bien por transmisión de parte de los inmuebles declarados en un mismo documento de declaración, se declarará al Registro de Inversiones dicha liquidación parcial. En la declaración se indicará qué parte de la inversión en el o los inmuebles declarados originalmente queda liquidada.

3. En caso de transmisión de bienes inmuebles entre residentes se

cumplimentará un modelo impreso D-7A por el adquirente y modelo impreso D-7B por el transmitente.

6. *Operaciones de inversión en valores negociables.*

Se refieren a estas operaciones las normas del Capítulo IV del Título III de la Orden, artículos 41 y ss.

A) Objeto (art. 41 de la Orden).

1. Son objeto de regulación en el presente capítulo los procedimientos de declaración de inversión y su liquidación relativos a las siguientes operaciones de inversión;

a) Inversiones en acciones de sociedades extranjeras cuyo capital esté total o parcialmente admitido a cotización en mercados de valores españoles o extranjeros, así como derechos de suscripción u otros análogos que por su naturaleza den derecho a participación en el capital de las citadas sociedades, cualquiera que sea el lugar de emisión y adquisición.

b) Inversiones en valores negociables representativos de empréstitos emitidos por no residentes, tales como bonos y obligaciones convertibles o no en acciones, pagarés y cualesquiera otros análogos, cualquiera que sea el lugar de emisión y adquisición.

c) Inversiones en fondos extranjeros de inversión colectiva debidamente constituidos según la legislación del país de que se trate y con difusión pública y regular de precios a través de medios de información general.

d) Las adquisiciones por residentes de valores emitidos por residentes y adquiridos en mercados secundarios extranjeros.

2. Para la calificación de un valor como negociable se aplicará por analogía lo establecido en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y disposiciones que la desarrollan y tendrá carácter principal la nota de su negociabilidad en un mercado secundario organizado y su agrupación en emisiones.

3. De acuerdo con lo señalado en el artículo 7.2.b) del Real Decreto 664/1999, corresponderá efectuar en el Registro de Inversiones las declaraciones reguladas en el presente capítulo:

a) A los titulares de las inversiones a que se refiere el apartado 1 anterior cuando se mantenga la cuenta de valores o el depósito de títulos en una entidad domiciliada en el extranjero, o éstos se encuentren bajo custodia del titular de la inversión.

b) A las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades residentes que, en su caso, realicen alguna de las activi-

dades propias de aquéllas y que actúen por cuenta y riesgo del inversor como titular interpuesto de dichos valores, tanto respecto a dichas cuentas o depósitos, como respecto a las operaciones que efectúen por cuenta propia.

4. Las entidades que se propongan realizar la actividad especificada en la letra b) del apartado 3 anterior, deberán notificarlo a la Dirección General de Comercio e Inversiones antes de comenzar a ejercerla, según el modelo de escrito que se publicará mediante Resolución de desarrollo de esta Orden. Del mismo modo, deberán comunicar el cese en el ejercicio de dicha actividad. Estos modelos se han establecido por Resolución de la DGCÍ de 31 de mayo de 2001 a que antes hemos hecho referencia.

B) Declaración a través de entidad depositaria.

a) *Procedimiento* (art. 42 de la Orden).

1. Las entidades que hayan efectuado la notificación a que se refiere el artículo anterior realizarán las comunicaciones de acuerdo con los artículos 43 y 44 de la presente Orden, aunque no se hayan registrado operaciones en el periodo de referencia. Cada entidad centralizará las comunicaciones a través de una sola de sus oficinas.

2. Las entidades depositarias requerirán del inversor la acreditación de la residencia de acuerdo con el artículo 3 de la presente Orden y realizarán las comunicaciones a la Dirección General de Comercio e Inversiones, que se definen en los siguientes artículos.

b) *Información sobre flujos* (art. 43 de la Orden).

Se efectuarán con carácter mensual y deberán presentarse entre los días 1 y 20 de cada mes, comprendiendo las siguientes operaciones realizadas durante el mes anterior:

a) Operaciones de suscripción, compra, amortización, venta o canje de los valores a que se refiere el artículo 41.1 a) y c) de la presente Orden.

b) Transmisiones de los citados valores a título lucrativo, inter vivos o mortis causa.

c) Cambio de residencia de titulares de depósitos o cuentas de valores en la entidad comunicante que dé lugar a la calificación como inversión española en el exterior o a la pérdida de tal condición del depósito mencionado.

d) Traspasos de depósitos o cuentas de los valores mencionados en

el artículo 41.1 a) y c) anterior, entre entidades depositarias o entre éstas y otras entidades en el exterior, por orden de los titulares de la inversión.

e) Transmisiones entre residentes de los valores referidos en el artículo 41.1 a) y c) de la presente Orden.

c) *Información sobre saldos* (art. 44 de la Orden).

Se presentarán anualmente en el mes de enero de cada año comprendiendo los depósitos y saldos anotados de los valores objeto de las inversiones a que se refiere el artículo 41.1 anterior, existentes a 31 de diciembre del año anterior.

d) *Remisión de información* (art. 45 de la Orden).

La remisión de información a la Dirección General de Comercio e Inversiones se realizará de acuerdo con las instrucciones que se publicarán en la correspondiente Resolución de desarrollo de la presente Orden.

e) *Otras obligaciones de declaración* (art. 46 de la Orden).

Las Empresas de Servicios de Inversión, las entidades de crédito u otras entidades residentes que, en su caso, realicen algunas de las actividades propias de aquéllas cuando no actúen como depositarias de valores extranjeros, las Sociedades de Inversión Colectiva y los Fondos de Inversión, efectuarán las declaraciones correspondientes a las operaciones de inversión en valores negociables extranjeros por cuenta propia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42, 43 y 44 de la presente Orden.

C) *Declaración por los titulares de la inversión.*

a) *Procedimiento* (art. 47 de la Orden).

1. Los titulares de las inversiones en valores a que se refiere el artículo 41 anterior, deberán declararlas conforme a lo dispuesto en el presente artículo cuando el depósito o cuenta de valores se halle abierto en una entidad no residente, bien porque su adquisición se realizó directamente por su titular a través de ésta, bien a través de entidad mediadora residente, pero constituyendo depósito a su nombre en el exterior.

Se declararán, igualmente, conforme a lo dispuesto en este artículo, las inversiones, en los valores citados, cuando éstos se hallen bajo custodia de su titular.

2. Las declaraciones tendrán carácter anual, se efectuarán en el modelo impreso D-6 y se dirigirán a la Dirección General de Comercio e Inversiones durante el mes de enero de cada año, reflejando la situación del o de los depósitos o cuentas de valores a 31 de diciembre anterior.

3. El modelo impreso D-6 constará de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión.

A dicho modelo impreso deberá acompañarse una copia de los extractos de cuentas de valores en el exterior y de los documentos, en su caso, a que se refiere el artículo 36 de la presente Orden. El titular de la inversión retendrá el ejemplar 2 debidamente sellado.

4. Asimismo, deberán declararse al Registro de Inversiones las operaciones indicadas en el artículo 41.1 a) de la presente Orden cuando la participación del inversor sea igual o superior al 10 por 100 del capital de la sociedad en la que se realiza la inversión antes o después de la operación o cuando no alcanzándose dicho porcentaje permita al inversor formar parte de su órgano de administración o si la inversión supera los 250.000.000 de pesetas o 1.502.530,27 euros.

La declaración de inversión o de su liquidación se realizará en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha de realización de la operación, mediante el modelo impreso D-6.

b) Admisión y exclusión en mercados secundarios (art. 48 de la Orden).

1. Si una sociedad extranjera no cotizada pasa a cotizar en un mercado secundario, el inversor deberá presentar el modelo D-5B de liquidación de la inversión no cotizada en el plazo máximo de un mes a contar desde el comienzo de la cotización. Los nuevos valores negociables se incluirán como flujo de compra en la información de la entidad depositaria que se declarará en el plazo establecido en el artículo 43 de la presente Orden o bien el titular efectuará la declaración mediante la presentación del modelo D-6 en los plazos establecidos en el artículo anterior.

Si se tratase de una inversión en que el titular fuera propietario del 10 por 100 o más del capital o de los derechos de voto, deberá presentar simultáneamente al Registro de Inversiones, el modelo D-5B y un escrito en que notifique la inversión en la sociedad cotizada. El titular remitirá ambos documentos en el plazo de un mes a contar desde el comienzo de la cotización.

2. Si una sociedad cotizada en un mercado secundario deja de cotizar en el mismo, el inversor deberá presentar el modelo D-5A de declaración de inversión en valores no cotizados en el plazo máximo de un

mes a partir de la suspensión de la cotización y, en su caso, la entidad depositaria dará de baja los correspondientes valores cotizados en sus depósitos como flujo de venta en los plazos y con las condiciones establecidas en el artículo 43 de la presente Orden.

Si se tratase de una inversión en que el titular fuera propietario del 10 por 100 o más del capital o de los derechos de voto, deberá presentar simultáneamente al Registro de Inversiones, el modelo D-5A y un escrito en que notifique la liquidación en la sociedad cotizada. El titular remitirá ambos documentos en el plazo de un mes a contar desde la suspensión de la cotización.

V. Otras obligaciones

A estas otras obligaciones relativas a las inversiones españolas en el exterior se refiere el Capítulo V del Título III de la Orden, con un solo artículo, el 49, en el que regula las Memorias anuales relativas al desarrollo de las inversiones en el exterior, con el siguiente contenido:

1. Los residentes titulares de inversiones en el exterior deberán presentar a la Dirección General de Comercio e Inversiones, en los nueve primeros meses de cada año natural, una Memoria anual relativa al desarrollo de la inversión en el exterior en sociedades cotizadas o no cotizadas, en los siguientes supuestos:

a) En el caso de inversiones en sucursales cualquiera que sea la cuantía de la inversión.

b) Cuando el patrimonio neto de la sociedad extranjera objeto de la inversión sea superior a 250.000.000 de pesetas o 1.502.530,27 euros y la participación del inversor en el capital o en el total de los derechos de voto sea igual o superior al 10 por 100.

c) En el caso de inversiones en sociedades cuya actividad sea la tenencia, directa o indirecta, de participaciones en el capital de otras sociedades, cualquiera que sea la cuantía de la inversión.

2. La Memoria anual se presentará por medio del impreso D-8 debidamente cumplimentado, acompañado de una copia del balance y de la cuenta de resultados de la sociedad extranjera así como de sus anexos y notas complementarias.

3. El modelo D-8 constará de dos ejemplares:

Ejemplar 1: Para la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Ejemplar 2: Para el titular de la inversión.

Una vez presentada la citada Memoria, el declarante retendrá el ejemplar que le corresponde debidamente sellado, si bien la Dirección General de Comercio e Inversiones podrá solicitar a la sociedad decla-

rante cuantas aclaraciones estime pertinentes sobre los datos contenidos en la Memoria.

La Dirección General de Comercio e Inversiones podrá requerir individualmente la presentación de la Memoria anual, conforme al procedimiento establecido en los apartados anteriores, a los titulares de inversiones españolas en el exterior que, aun no cumpliendo las condiciones recogidas en el apartado 1 del presente artículo, tengan inversión en el extranjero.

OTRAS NORMAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA Y ESPAÑOLAS EN EL EXTERIOR

I. Seguimiento de las inversiones

La Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores (hoy Dirección General de Comercio e Inversiones) velará por el cumplimiento de lo dispuesto en este Real Decreto.

A tales fines, los titulares de inversión, las empresas españolas participadas por no residentes, los fedatarios públicos, las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y otras entidades financieras que hayan intervenido operaciones de inversión podrán ser requeridas por la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores (hoy Dirección General de Comercio e Inversiones) para aportar la información que en cada caso resulte necesaria (cfr. art. 8 RD 664/1999).

II. Junta de Inversiones Exteriores

A consecuencia de la nueva regulación, se vuelve a definir este órgano señalándole sus competencias. Y así, según el artículo 9 del RD 664/1999:

“1. La Junta de Inversiones Exteriores es el órgano colegiado interministerial adscrito a la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores (hoy Dirección General de Comercio e Inversiones) con funciones de informe en materia de inversiones exteriores.

2. Compete a la Junta de Inversiones:

a) Informar de aquellos asuntos, que, sobre inversiones exteriores le sean sometidos por el órgano que resulte competente en la materia.

b) Informar los expedientes a que se refiere el artículo 10 del presente Real Decreto.

c) Cualesquiera otras atribuciones que le sean encomendadas por la legislación vigente.

3. La Junta de Inversiones Exteriores estará compuesta por los siguientes miembros:

a) Presidente: el Director general de Política Comercial e Inversiones Exteriores (hoy Dirección General de Comercio e Inversiones).

b) Un representante de cada uno de los Departamentos ministeriales, con rango de Subdirector general.

c) El Subdirector general de Gestión de las Transacciones con el Exterior, que actuará como Secretario de la Junta.”

Por otro lado, la Disposición Adicional 1.^a del Real Decreto 664/1999 dispone que:

“Sin perjuicio de las peculiaridades previstas en el presente Real Decreto, el funcionamiento de la Junta de Inversiones Exteriores se ajustará a lo dispuesto en el Capítulo II, Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

III. Suspensión del régimen de liberalización

El Real Decreto 664/1999 prevé la posible suspensión del régimen de liberalización para las inversiones que afecten o puedan afectar aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio del poder público, o afecten o puedan afectar al orden público, seguridad o salud públicas.

Así, en su artículo 10 dispone:

“1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda (hoy habrá que entender Ministerio de Economía) y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, podrá acordar, de forma motivada, con carácter general o particular, la suspensión del régimen de liberalización establecido en el presente Real Decreto y siempre que las inversiones por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud públicas.

2. Una vez suspendido el régimen de liberalización, el inversor afectado deberá solicitar autorización administrativa previa respecto de las operaciones de inversión que a partir del momento de la notificación de la suspensión, se propusiera realizar.

La solicitud de autorización se dirigirá al Director general de Política Comercial e Inversiones Exteriores (hoy Dirección General de Comer-

cio e Inversiones) correspondiendo su resolución al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

Transcurridos seis meses desde el día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente para resolver sin que haya recaído resolución expresa se producirán los efectos previstos en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Las inversiones autorizadas de acuerdo con el apartado anterior deberán realizarse dentro del plazo que específicamente hubiere 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, salvo que se obtenga prórroga.”

Norma esta que cobrará actualidad sobre todo cuando España tenga que atender los compromisos internacionales asumidos en los Tratados, y que impongan limitaciones a las inversiones en determinados países.

La norma está desarrollada por el Capítulo II del Título I de la Orden, con dos artículos, el 10 y el 11, que señalan respectivamente el procedimiento de suspensión del régimen de liberalización y para estos supuestos el procedimiento de la correspondiente autorización para la inversión.

Así, sobre *procedimiento de suspensión*, dispone el artículo 10 de la Orden:

“1. El Departamento ministerial que, por razón de la materia, tenga conocimiento de inversiones exteriores que por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, el orden público, la seguridad o la salud públicas deberá iniciar un expediente de suspensión del régimen de liberalización conforme al procedimiento establecido en este artículo.

2. Desde que conste en el expediente que las circunstancias señaladas en el apartado anterior se están produciendo, el Ministerio correspondiente solicitará al Director general de Comercio e Inversiones que convoque la Junta de Inversiones Exteriores y le remitirá una copia de la documentación que obre en su poder.

3. La convocatoria de la Junta así solicitada deberá producirse dentro del plazo más breve posible a partir de la solicitud de la misma, e irá acompañada de copia de la documentación aportada por el Departamento que solicita la suspensión del régimen de liberalización. En la Junta de Inversiones Exteriores actuará como ponente el representante del Ministerio que haya efectuado dicha solicitud.

4. El Ministro de Economía y, en su caso, el titular del Departamento afectado, y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, elevará la propuesta para el Acuerdo del Consejo de Ministros a que se refiere el artículo 10.1 del Real Decreto 664/1999.

5. La notificación de la suspensión del régimen de liberalización se efectuará mediante resolución conjunta del Ministro de Economía y, en su caso, del titular del Departamento afectado por razón de la materia, publicándose en el «Boletín Oficial del Estado», si fuese de carácter general o notificándose al interesado, en el caso de una suspensión particular.”

Y en cuanto al *procedimiento de autorización en los supuestos de suspensión del régimen de liberalización*, dice el artículo 11 de la Orden:

“1. La autorización de una inversión exterior, en caso de suspensión del régimen de liberalización, se concederá a partir de la notificación a que se refiere el apartado 5 del artículo anterior, y corresponde su autorización al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y, en su caso, conjuntamente con el titular del Departamento competente por razón de la materia, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

2. La solicitud de autorización se realizará mediante escrito dirigido al Director general de Comercio e Inversiones, e irá acompañado de los documentos que se señalan a continuación:

a) Certificación expedida por el órgano competente de la sociedad en la que se invierte, que contenga una transcripción literal de su objeto social.

b) Una Memoria explicativa sucinta sobre la situación económico-financiera y patrimonial de la sociedad objeto de inversión.

c) Una descripción detallada de la operación de inversión que se propone efectuar e información relativa al inversor. Tratándose de inversores que tengan la consideración de personas jurídicas, se indicarán las participaciones en su capital que representen un porcentaje superior al 5 por 100, así como las cuentas anuales e informe de gestión, la composición de sus órganos de dirección y la estructura detallada del grupo al que eventualmente pertenezca; si se trata de personas físicas, información sobre su trayectoria y actividad profesional, así como su situación patrimonial.

En todo caso, en la instrucción del procedimiento la Dirección General de Comercio e Inversiones podrá exigir a los inversores o a la sociedad objeto de la inversión cuantos datos, informes o antecedentes se consideren oportunos.

3. La solicitud de autorización deberá ser resuelta y notificada dentro de los seis meses siguientes a su recepción en la Dirección General de Comercio e Inversiones.

Transcurridos seis meses desde su recepción sin que se haya producido resolución expresa, se entenderá que la inversión queda autorizada. Consecuentemente, la solicitud se entenderá estimada a los efectos previstos en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Las inversiones sometidas a autorización administrativa deberán realizarse dentro del plazo que específicamente se hubiese señalado en la autorización o, en su defecto, en el de seis meses, contados desde la fecha de la notificación de la autorización, salvo que se haya obtenido una prórroga. Transcurrido dicho plazo, incluido el de la prórroga en su caso, sin haberse materializado la inversión, la autorización se entenderá caducada.

5. La prórroga se solicitará al menos un mes antes del vencimiento del plazo de la autorización, mediante escrito dirigido al Director general de Comercio e Inversiones, que será el órgano competente para su concesión, al que se acompañará una explicación detallada y motivada de las razones que provocan el retraso en la materialización de la inversión.

La prórroga nunca podrá superar la mitad del plazo que se hubiese concedido para efectuar la inversión o, en su defecto, el de tres meses.

6. Una vez obtenida la autorización, se estará a lo establecido, con carácter general, en la presente Orden, en lo relativo a las obligaciones de declaración e información de las inversiones exteriores.”

IV. Inversiones que se someten a autorización previa

El mismo Real Decreto somete a autorización previa a dos modalidades de inversión: las directamente relacionadas con la defensa nacional y las adquisiciones de inmuebles de destino diplomático de Estados no miembros de la Unión Europea.

1. Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.

Según el artículo 11 del RD 664/1999:

“1. El régimen de liberalización establecido en el presente Real Decreto queda suspendido respecto de las inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional, tales como las que se destinen a la producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra.

En el caso de sociedades cotizadas en Bolsa de Valores que desarrollen estas actividades, únicamente requerirán autorización las adquisicio-

nes por no residentes superiores al 5 por 100 del capital social de la sociedad española, o las que sin alcanzar este porcentaje permitan al inversor formar parte directa o indirectamente, de su órgano de administración todo ello de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 377/1991 de 15 de marzo, sobre comunicaciones de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias.

2. Las solicitudes de autorización se regirán por lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo anterior, con las especialidades siguientes:

a) Las solicitudes se dirigirán al órgano administrativo correspondiente del Ministerio de Defensa.

b) La resolución corresponderá al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

3. Cualquier alteración de las condiciones de las inversiones autorizadas conforme al apartado anterior, quedará sujeta nuevamente a dicho procedimiento de autorización previa.

Cuando el órgano administrativo correspondiente del Ministerio de Defensa considere que las modificaciones son de escasa relevancia, procederá a autorizarlas directamente.”

Estas normas son aplicables a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 664/1999. No obstante, conforme a la Disposición Transitoria Única, apartado 1.I “cuando se trate de expedientes de autorización de inversiones extranjeras en España, iniciados y no resueltos, en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional o, en los supuestos previstos en la disposición adicional tercera del presente Real Decreto continuará vigente el procedimiento de autorización contenido en la instrucción 6.ª de la Resolución de 6 de julio de 1992 sobre procedimiento de tramitación y registro de las inversiones extranjeras en España, con las especialidades previstas en este Real Decreto.”

Para los nuevos expedientes se observarán las prescripciones del RD 664/1999, y en cuanto a los impresos a emplear, tal como se pronuncia el Real Decreto no parece que exija el empleo de un modelo determinado, como en cambio sí lo exige para las declaraciones previas en tanto no se dicten las normas de desarrollo.

2. Adquisiciones de inmuebles de destino diplomático de Estados no miembros de la Unión Europea.

Según la disposición adicional tercera del RD 664/1999:

“1. Requerirán autorización administrativa previa las inversiones, directas o indirectas, que realicen en España los Estados no miembros de la Unión Europea para la adquisición de bienes inmuebles destinados

a sus Representaciones Diplomáticas o Consulares, salvo que exista un Acuerdo para liberalizarlas en régimen de reciprocidad.

2. Las solicitudes de autorización se registrarán por lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 10 del presente Real Decreto con las especialidades siguientes:

a) Las solicitudes se dirigirán al órgano administrativo correspondiente del Ministerio de Asuntos Exteriores.

b) La resolución corresponderá al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

3. Cualquier alteración de las condiciones de las inversiones autorizadas conforme al apartado anterior quedará sujeta nuevamente al procedimiento de autorización previa.

Cuando el órgano administrativo correspondiente del Ministerio de Asuntos Exteriores considere que las modificaciones son de escasa relevancia, procederá a autorizarlas directamente.”

Vale lo antes dicho respecto de los expedientes iniciados pero no resueltos a la entrada en vigor del Real Decreto 664/1999. Y también aquí para los nuevos expedientes y en tanto no se dicten normas de desarrollo, no se prevé un modelo especial de solicitud.

La necesidad de autorización existe cualquiera que sea el valor del bien inmueble. Es decir, no son de aplicación a esta modalidad de inversión las exigencias que el artículo 3.º.e) establece para que una adquisición de inmuebles tenga la condición de operación de inversión extranjera a los efectos del artículo 4.º. Basta con que la hipótesis de hecho encaje en la citada DA 3.ª del RD 664/1999. Si leemos la Exposición de Motivos del Decreto regulador apreciaremos con mayor claridad lo que decimos: “... Ciertamente –dice– otras operaciones no recogidas también son inversiones exteriores, pero su falta de inclusión determina su no consideración a efectos de declaración...” (*sic*). La mención de las categorías de inversión del artículo 3.º, en la mente de los autores del texto, y en el propio texto literal de este artículo, es sólo “a los efectos establecidos en el artículo siguiente”. Para otros efectos no será necesario tener en cuenta los requisitos que establece el artículo 3.º. Y esto nos vale para la hipótesis que ahora examinamos.

V. Otros aspectos del Real Decreto regulador de las inversiones extranjeras

1. Sanciones para caso de infracciones de las normas del Real Decreto.

Según la Disposición Adicional Segunda del RD 664/1999:

“El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Real Decreto será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en la Ley 40/1979, de Régimen Jurídico de Control de Cambios.”

2. Otras normas de interés.

Se refieren a la modificación de unos preceptos del RD 1884/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, relativos a competencia y estructura de la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores (DF 1.^a.1 y 2) (hoy Dirección General de Comercio e Inversiones) y a la modificación del artículo 3 del RD 1392/1993, de 4 de agosto, que regula el procedimiento sancionador de las infracciones administrativas en materia de control de cambios (DF 2.^a), y en fin a las facultades de desarrollo del RD que se confieren a los Ministros de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Economía), de Defensa y de Asuntos Exteriores (DF 3.^a).

BREVE REFERENCIA A LAS LIMITACIONES A LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES Y AL EJERCICIO DE CIERTAS FACULTADES SOBRE LOS MISMOS POR RAZÓN DE DEFENSA NACIONAL

La adquisición de la propiedad y demás derechos sobre bienes inmuebles, y *el ejercicio de ciertas facultades* sobre los mismos, cuando tales inmuebles se hallan en determinadas zonas del territorio español, están sujetas a ciertas limitaciones establecidas por razones estratégicas o de defensa nacional, en una serie de normas de las que las más importantes son la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, Reglamento para la aplicación de dicha Ley de 10 de febrero de 1978, y Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983. Esta legislación regula esta materia con independencia de las normas sobre inversiones extranjeras. Estas últimas expresamente

las respetaban, y así el artículo 13.1 del derogado RD 671 de 2 de julio de 1992, después de proclamar el principio de libertad de inversión en inmuebles, añadía que ello es a salvo de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 siguientes y “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional”. A salvo lo dispuesto en el artículo 1.2, no se contiene norma análoga en el nuevo Real Decreto 664/1999, pero debe entenderse válido el mismo criterio entre otras razones porque un Real Decreto no puede modificar las normas de una Ley.

Tanto la Ley 8/1975, como su Reglamento, clasifican las limitaciones impuestas por razones de Defensa Nacional en los siguientes grupos:

- De interés para la Defensa Nacional.
- De seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar.
- De acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

Lo característico de esta legislación es que las limitaciones que establece no se han impuesto por razones de control de cambios, sino por razones de seguridad nacional, y afectan a residentes o no residentes, que no ostenten la nacionalidad española, en principio sólo a extranjeros no comunitarios. Pero en Ceuta y Melilla, y en la Zona de Interés para la Defensa Nacional de Anchuras (mientras estuvo en vigor el RD que regulaba esta última), y actualmente en la Zona de Interés para la Defensa Nacional de las Bardenas Reales y Zonas de Pico del Lobo, Pico de Malpaso y Dehesa de los Carabancheles, así como en las zonas de seguridad de las instalaciones militares o civiles de interés militar, afectan tanto a españoles como a extranjeros. También determinadas limitaciones establecidas en Baleares (no todas) afectan a españoles y a extranjeros.

Sobre esta materia, con mayor amplitud, véase mi obra *Temas sobre inversiones extranjeras y control de cambios*, Madrid, 1994, vol. II, pp. 975 y ss.

Vamos a examinar brevemente las “zonas de seguridad de instalaciones militares y civiles declaradas de interés militar” abreviadamente “zonas de seguridad”, las llamadas “zonas estratégicas”, las “zonas de interés para la defensa nacional”, y el régimen de las Islas Baleares.

I. Zonas de seguridad

De las zonas de seguridad de instalaciones diremos que se distinguen dos secciones:

La sección 1.ª comprende las zonas de seguridad de instalaciones militares. Según el artículo 8.1 del Reglamento de 10 de febrero de 1978.

A los efectos de este Reglamento, las instalaciones militares se clasifican en los cinco grupos siguientes:

Primero. Bases terrestres, navales y aéreas y estaciones navales puertos, dársenas y aeródromos militares; acuartelamientos permanentes para unidades de las fuerzas armadas; academias y centros de enseñanza e instrucción; polígonos de experiencias de armas y municiones; asentamiento de armas o de sistemas de armas; obras de fortificación, puestos de mando, de observación, detección o señalización; direcciones de tiro; sistemas de defensas portuarias y estaciones de calibración magnética y, en general, todas las organizaciones e instalaciones castrenses directamente relacionadas con la ejecución de operaciones militares para la defensa terrestre, marítima o aérea de la nación.

Segundo. Centros y líneas de transmisiones e instalaciones radioeléctricas.

Tercero. Talleres y depósitos de municiones, explosivos, combustibles, gases y productos tóxicos, así como los polígonos de experimentación de estos últimos, y, en general, cuantos edificios, instalaciones y canalizaciones puedan considerarse peligrosos por las materias que en ellos se manipulen, almacenen o transporten.

Cuarto. Edificaciones ocupadas por el Ministerio de Defensa, Capitanías y Comandancias Generales, Gobiernos y Comandancias Militares y cualesquiera otras que sirvan de sede a órganos de mando militares; establecimientos y almacenes de carácter no peligroso; prisiones militares y, en general, las instalaciones no incluidas en los grupos precedentes, destinadas al alojamiento, preparación o mantenimiento de las fuerzas armadas.

Quinto. Campos de instrucción y maniobras, y los polígonos o campos de tiro o bombardeo.

Se distingue entre zonas próximas y zonas lejanas.

Con relación al grupo primero, en las zonas próximas “no podrán realizarse sin autorización del Ministro correspondiente, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna”, salvo obras de mera conservación de edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas (cfr. art. 9.º Ley 8/1975, y 12 de su Reglamento). En las zonas lejanas la previa autorización sólo será necesaria para plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie, y la autorización sólo podrá denegarse cuando dichas edificaciones, instalaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate, o queden expuestas a sufrir por dicho empleo daños susceptibles de indemnización (cfr. art. 11 Ley 8/1975, y 14.1 de su Reglamento).

En principio y con carácter general a las instalaciones del grupo pri-

mero, se establecen unas distancias o anchuras de las zonas (art. 10 del Reglamento). Pero cuando por la índole de la instalación las anchuras a que se refiere el artículo 10 se consideren insuficientes a los fines de seguridad, o por el contrario resulten excesivas, especialmente en el caso en que las instalaciones estén ubicadas en el interior de las poblaciones o zonas urbanizadas, podrán ampliarse o reducirse hasta el límite estrictamente indispensable, según convenga para cada caso concreto (art. 11.1 del Reglamento).

La delimitación de la zona de seguridad deberá hacerse para cada instalación por el Ministerio de Defensa (art. 11.2 Reglamento de 10 febrero 1979).

Para las instalaciones del grupo tercero será de aplicación lo dispuesto en los artículos 11.2 y 12 del Reglamento (cfr. art. 25.5 y art. 24.2, ambos del Reglamento).

Para las del grupo cuarto se aplicará lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Reglamento (cfr. art. 26 del Reglamento).

Para las del grupo quinto no se exige zona próxima de seguridad, y en caso necesario, el Ministerio de Defensa deberá adquirir el uso o el dominio de las fajas circundantes indispensables para evitar que la utilización de aquellas instalaciones pueda causar perjuicio a los bienes radicados en las zonas limítrofes. Tendrán, sin embargo, una zona de seguridad lejana en la que se prohíbe la instalación de industrias calificables de molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, en una franja de 2.000 metros de anchura en torno del campo militar desde su perímetro exterior (cfr. art. 27.1 y 2 del Reglamento).

Hay normas especiales para la zona segunda a la que también será de aplicación lo dispuesto en los artículos 10.1, 11, 11.2 y 12 del Reglamento (cfr. arts. 17, 19.2 y 18.1 del Reglamento).

La sección 2.^a comprende las zonas de seguridad de las instalaciones civiles declaradas de interés militar. Se consideran como tales las instalaciones civiles que eventualmente se declaren de interés militar por contribuir de forma más o menos directa a las necesidades de la defensa nacional. La declaración se hará por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa o del Ministerio civil que tenga competencia sobre la obra o servicio público, y en el Decreto de declaración se especificará el grupo, de entre los previstos en el artículo 8, al que se adscribe para ser dotada, por analogía con las instalaciones militares, de las correspondientes zonas de seguridad (cfr. art. 28 del Reglamento de 10 de febrero de 1978).

Con carácter común a las dos secciones antes expuestas, el Ministerio de Defensa comunicará a los Ayuntamientos en que radiquen las instalaciones la existencia y perímetro de las zonas correspondientes, así como

las limitaciones inherentes a las mismas para su traslado a los propietarios afectados, debiendo hacer la misma notificación, en forma directa a los titulares de las obras o servicios públicos existentes en la zona (art. 30.1.I, del Reglamento de 10 de febrero de 1978).

Las limitaciones a que se refieren las zonas de seguridad, afectan por igual a españoles y extranjeros.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 febrero 2001, Sala 3.^a, contempla un supuesto de construcción en Ceuta, en *zona de seguridad militar del acuartelamiento Montesa n.º 3*. Construido el edificio con licencia municipal pero sin autorización militar, fue ésta solicitada con posterioridad, y fue denegada por la autoridad militar. Se recurrió y el recurso fue desestimado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Se interpuso recurso de casación, y el Tribunal Supremo lo estima. Ninguna referencia en la sentencia al tema básico de Ceuta como zona de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, aunque sí a las zonas de seguridad militar en términos generales. Pese a lo cual, la sentencia tiene gran interés en esta materia.

En dicha sentencia se rechazan los argumentos del recurrente que alegaba que ante la concurrencia de competencias de distintas Administraciones –en este caso la Local y la Militar– deben prevalecer las que reconocen el ejercicio de las facultades dominicales permitidas por los Planes de Urbanismo. Estos argumentos, dice, no pueden ser compartidos por la Sala. Efectivamente, añade la sentencia, el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, en su párrafo segundo precisa “La aprobación de los Planes no limitará las facultades que correspondan a los distintos Departamentos Ministeriales para el ejercicio, de acuerdo con las previsiones del Plan, de sus competencias, según la legislación aplicable por razón de la materia”.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia reciente ha sido unánime en reconocer estas atribuciones de los distintos Departamentos Ministeriales, con independencia, como ocurre en este caso, de la existencia de una previa licencia municipal de edificación. Así pueden citarse, entre otras, las SS de 29 de noviembre de 1996, 8 y 18 de marzo de 1999. En esta última, respecto de un caso similar al presente, recuerda la tradicional doctrina de esta Sala (SS de 29 de noviembre de 1996, 22 de julio de 1988, 4 de junio de 1987, 4 de junio de 1986, 5 de diciembre de 1978 y 4 de diciembre de 1974), según la cual cuando para la realización de una determinada actividad se necesita la concurrencia de permisos o autorizaciones de varias entidades u organismos, cada uno con privativas y específicas competencias en razón de las finalidades de interés público que respectivamente tutelan y tales permisos se tramitan con independencia, es necesario que todos ellos concurren para que la actividad pueda desa-

rollarse legalmente, siendo obligación de cada entidad u órgano velar por el cumplimiento de las exigencias que a él atañe.

En casos como el presente, la previa licencia de edificación, concedida por la autoridad urbanística, no impide ni condiciona que la Administración Militar en ejercicio de las prerrogativas que le atribuye la Ley 8/1975, de 12 de marzo, para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones pueda establecer una zona próxima de seguridad en los términos establecidos en los artículos 3, 7, 8 y 9 de la Ley.

Del análisis de la Ley y de su Reglamento de aplicación se deduce que los fines perseguidos por estas Zonas de seguridad, se pueden resumir en garantizar tres objetivos: la actuación eficaz de los medios –en este caso parece referirse a las Unidades Militares– el aislamiento conveniente para su seguridad y la eventual peligrosidad de los edificios próximos.

A ello debe añadirse que las zonas próximas de seguridad en los términos que se definen en el artículo 8 de la Ley, cuando afecten a instalaciones ubicadas en el interior de las poblaciones o zonas urbanizadas, podrá ser ampliada o reducida hasta el límite estrictamente indispensable.

Y ya en el caso concreto de esta sentencia, resulta que el edificio, construido sobre un terreno calificado dentro del PGOU de Ceuta como edificable, no tiene “dominio de vista y fuego”. Se ha probado que la cota de coronación del edificio está por debajo de la cota de arranque del Acuartelamiento... un observador, desde el punto más alto del edificio no puede divisar el cuartel... entre el citado cuartel y el edificio, a una cota más alta que éste, existen dos chalets particulares... el edificio se encuentra al borde de la playa sobre el paseo marítimo en la carretera de Ceuta a Benzú, no tiene vistas sobre las instalaciones militares, existiendo otras edificaciones por encima del edificio de la actora, el cual se encuentra adherido a un terraplén, no suponiendo su construcción una alteración apreciable del terreno. Por otro lado, se califica al edificio como elemento pasivo, y en cuanto a sus eventuales ocupantes puede la Administración desplegar otro tipo de controles. En definitiva, se estima el recurso de casación, y la Sala, una vez casada la sentencia de instancia y de estimar el recurso contencioso administrativo, anula la Resolución del Ministerio de Defensa por la que se desestima el recurso de reposición contra la Resolución de la Dirección General y condena a la Administración demandada al otorgamiento de la autorización solicitada.

En la sentencia y con referencia a la denegación de la autorización se dice que “no bastará cualquier motivación que no explice de manera suficiente y clara las razones que justifiquen la denegación en función de dichos fines públicos”. Por mi parte, quiero decir que si se extrema el

rigor en la exigencia de la motivación, se corre el riesgo de dar al traste con estas normas. Pueden existir razones de carácter político, de política de defensa, que aconsejen cierta reserva en esta materia. Y nadie mejor que las autoridades militares para obrar en este punto.

II. Zonas estratégicas

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 la 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 artículo 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 África*.

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 (hoy Jefaturas de Región Militar) 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.

2. Limitaciones establecidas.

Las más importantes y que ahora nos interesan en el presente tema, son las contenidas en los artículos 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 petitionarios 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.

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, entiendo 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 artículo 35 del Reglamento.

La Ley 6, de 13 de abril de 1998, sobre Régimen del suelo y valoraciones, en su Disposición Adicional 1.ª establece que “los instrumentos de planificación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectas a la Defensa nacional deberán ser sometidas, respecto de esa incidencia, a informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación”. Hay que entender que en principio dentro de la Administración General del Estado, la competencia corresponde a Defensa.

Por último, en la DA 3.ª de la citada Ley 6/1998, después de su reforma por el artículo 68 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se dispone lo siguiente:

“Las ciudades de Ceuta y Melilla ejercerán las potestades normativas reglamentarias que tienen atribuidas por las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo, dentro del marco de la presente Ley y de las que el Estado promulgue a tal efecto.

En todo caso, la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de estas Ciudades, y de sus modificaciones o revisiones, competirá al Ministerio de Fomento.

La aprobación definitiva de los Planes parciales y de sus modificaciones o revisiones, corresponderá a los órganos competentes de las Ciudades de Ceuta y Melilla, previo informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Fomento, el cual deberá emitirse en el plazo de tres meses”.

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, hoy Unión Europea, se planteó la cuestión de si las limitaciones que examinamos afectaban también a los *ciudadanos de Estados miembros de la CEE* o no. En otro lugar he hecho 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 art. 24 de la Ley de Zonas).

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 antigua Ley de Inversiones extranjeras ya derogada, 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.

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, hoy diremos de país miembro de la Unión Europea), se hallan en principio exentos de la aplicación de estas limitaciones, por lo que se refiere a las zonas estratégicas en general.

Si aplicamos las mismas razones por las que se excluyen a los comunitarios, tendremos que concluir que también deben quedar exentos de estas limitaciones los ciudadanos y personas jurídicas nacionales de países miembros del EEE, es decir, del Espacio Económico Europeo, cuyo Acuerdo constitutivo de 2 de mayo de 1992 y Protocolo de Adaptación de 7 de marzo de 1993, han sido ratificados por España en virtud de Instrumento de ratificación de 26 de noviembre de 1993 (BOE de 25 de enero de 1994). Véase, en el tema sobre residencia, en mi obra *Temas sobre control de cambios e inversiones extranjeras*, t. I, el epígrafe que dedicamos al EEE.

Pero, no obstante, afectan tales limitaciones además de a las personas físicas y jurídicas extranjeras no comunitarias:

A las *personas físicas y jurídicas españolas y comunitarias* cuando se trate de Ceuta y Melilla. La Disposición Final 1.^a.1 del Reglamento aprobado por RD 689/1978 de 10 de febrero se refería solamente a los extranjeros o españoles nacionalizados. Pronto se puso de relieve por la doctrina, lo incorrecto desde un punto de vista técnico jurídico, de distinguir a

estos efectos dos categorías de españoles, los españoles de origen y los nacionalizados, pese a que desde el punto de vista político obedecía a una obvia preocupación. El caso es que por RD 2636/1982, de 12 de agosto, se modificó dicha norma para referirse a partir de entonces a “cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente”, criterio que se mantuvo en la reforma ulterior por RD 374/1989, de 3 de marzo (6).

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).

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. Pero el RD 1883 de 2 de agosto de 1996, determina la estructura básica del Ministerio de Defensa y atribuye al *Director General de Infraestructura*, entre otras, las siguientes competencias:

Ejercer las competencias ministeriales en relación con las zonas de interés para la defensa nacional, de seguridad de las instalaciones y de acceso restringido a la propiedad por extranjeros.

(6) La imposición por razones de defensa militar de la necesidad de autorización para nacionales españoles y para comunitarios, por igual, para el acceso a la propiedad de inmuebles en zonas estratégicas *no se opone* al artículo 73 B del Tratado (actualmente art. 56 CE). Así se deduce a *contrario sensu* de la STJC de 13 julio 2000 (Asunto Albore), en la cual pronunciándose sobre la cuestión planteada por la Corte de apelación de Nápoles, a propósito de la exigencia de autorización para la adquisición de inmuebles por dos alemanes en zona estratégica militar italiana, cuando no se exige este requisito a los nacionales italianos, declara que “El art. 73 B del Tratado (actualmente art. 56 CE) se opone a la legislación nacional de un Estado miembro que, por razones relacionadas con las exigencias de la defensa del territorio nacional, *dispensa a los nacionales de dicho Estado miembro, y sólo a ellos*, del deber de solicitar una autorización administrativa para cualquier adquisición de un bien inmueble situado en una zona del territorio nacional declarada de importancia militar”.

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. *Hoy no existen las antiguas capitanías generales y sí las jefaturas de región militar.*

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 artículo 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 artículo 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 artículo 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. Como ya antes hemos indicado, *hoy no existen las Capitanías Generales y sí las Jefaturas de Región Militar.*

Tratándose de Ceuta y Melilla la concesión de autorización compete al Consejo de Ministros. Pero el RD 374 de 31 de marzo de 1989 da nueva redacción a la Disposición final 1.^a del Reglamento y desconcentra en el Ministro de Defensa y en los delegados de Gobierno de Ceuta y Melilla determinadas competencias. Así, según los apartados 2 a 6 de dicha Disposición Final:

“2. Se desconcentra en el Ministro de Defensa la concesión de autorizaciones para proyectos de obras o construcciones de cualquier tipo, tanto públicas como privadas, cuando estén situadas en una propiedad del Estado afecta al Ministerio de Defensa, o se realicen dentro del perímetro de la zona de seguridad de una instalación militar o civil declarada de interés militar, en Ceuta y Melilla.

3. Se desconcentra en los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla la concesión de autorizaciones para los proyectos de obra o construcciones, no comprendidas en el apartado anterior, así como para las obras de mera conservación de edificaciones preexistentes que cuenten con las oportunas licencias urbanísticas.

Igualmente, se desconcentra en los Delegados del Gobierno la concesión de autorizaciones para la transmisión de la propiedad por cualquier título, de bienes inmuebles sitos en Ceuta o Melilla, o para la constitución, transmisión o modificación de derechos reales sobre los mismos cualquiera que fuese la nacionalidad del adquirente.

4. El Ministerio de Defensa, informará preceptivamente los expedientes de concesión en los supuestos de realización de obras que impliquen *modificación del volumen de las edificaciones en Ceuta y Melilla* o, cuando se trate de la transmisión de la propiedad por cualquier título, de bienes inmuebles sitos en Ceuta o Melilla, o para la constitución, transmisión o modificación de derechos reales sobre los mismos, si el propietario o adquirente en todos estos supuestos, fuese de nacionalidad extranjera.

5. Tan pronto como sea recibida por los Delegados del Gobierno una solicitud de autorización, remitirán el expediente al Ministerio de Defensa para su resolución en los supuestos del apartado dos anterior, o darán traslado de la misma a dicho Ministerio para que en el plazo de un mes pueda emitir el preceptivo informe si concurren las circunstancias previstas en el apartado cuatro. En los demás supuestos, los Delegados del Gobierno resolverán lo procedente.

En los expedientes a que se refieren los apartados anteriores si el Delegado del Gobierno constatará la existencia de otros intereses públicos no concordantes con el informe o decisión del Ministerio de Defensa, se procederá a elevar dicho expediente al Consejo de Ministros para que resuelva en uso de las competencias propias a que se refiere el apartado uno de esta disposición final.

6. El Ministerio de Defensa, a efectos del ejercicio por las autoridades militares de sus facultades permanentes de vigilancia y control previstas en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y en cumplimiento de lo prevenido en los artículos 32.1, cl, 42 y 43 y concordantes de este Reglamento, será notificado mediante la remisión de copia de los acuerdos adoptados por los Delegados del Gobierno concediendo o denegando autorización”.

III. Zonas de Interés para la Defensa Nacional

Como tales se consideran, según el artículo 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 constituir 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 artículo 5.º de la Ley, 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 por cierto ya desaparecida) es la del superconocido “*Polígono de Anchuras*” creado por RD 811 de 20 de julio de 1988.

Dicha Zona comprendía un espacio delimitado por las coordenadas geográficas que se detallaban en dicho RD, y estaba situada en la provincia de Ciudad Real, en el linde con Extremadura.

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

- 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 presentaba era la de que las limitaciones impuestas afectaban por igual a españoles y a extranjeros, por tanto, también a los comunitarios.

Pero este RD *ha sido derogado* por el RD 863/1998, de 8 de mayo, publicado en el BOE de 23 de mayo de 1998.

Con posterioridad, por RD 1943/2000, de 1 de diciembre (BOE de 2 de diciembre de 2000, con entrada en vigor el mismo día de su publicación), se ha declarado Zona de interés para la Defensa Nacional, el *cam-*

po de entrenamiento de las Fuerzas Armadas de las Bardenas Reales en Navarra, con una superficie de 2.222 hectáreas, delimitado por las siguientes coordenadas: vértice NE 42° 14' 13" norte, 01° 29' 08" oeste; vértice NO 42° 13' 08" norte, 01° 30' 28" oeste; vértice SE 42° 11' 03" norte, 01° 24' 43" oeste, y vértice SO 45° 09' 58" norte, 01° 28' 03" oeste; sus zonas de seguridad señaladas por Órdenes del Ministerio de Defensa 19/1981, de 13 de febrero y 56/1983, de 28 de julio, y el espacio aéreo comprendido sobre dichos terrenos. En la zona declarada, se considerarán prioritarios los intereses de la Defensa Nacional, sin perjuicio en su caso del derecho a la indemnización o compensación que prevé el artículo 28 de la Ley 8/1975, cuando tales intereses resulten incompatibles con los demás intereses públicos o privados concurrentes.

Las limitaciones y condiciones que conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 8/1975, se imponen en la Zona declarada de interés para la Defensa, son las siguientes:

a) Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa, la transmisión de la propiedad, así como la constitución, transmisión y modificación de cualquier derecho real sobre la misma, *con independencia de la nacionalidad o naturaleza de los otorgantes*.

b) Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa cualquier obra de edificación o construcción promovida por entidades públicas o privadas, así como la cesión por cualquier título de los aprovechamientos agrícolas, pecuarios o cinegéticos sobre los territorios afectados.

c) Interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la Defensa Nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que pueda incidir en la utilización militar del campo de entrenamiento (art. 2 del RD) (7).

(7) El Ejército del Aire venía utilizando el espacio hoy comprendido en la Zona de Interés para la Defensa Nacional de las Bardenas Reales, como campo de tiro y bombardeo desde el año 1951 en virtud de un convenio concertado en 9 de junio de 1951 entre el hoy Ministerio de Defensa y la Comunidad de Bardenas Reales, que expiraría el 9 de junio de 2001. Por RD de 1 de diciembre de 2000 se declaró Zona de Interés para la Defensa Nacional el espacio a que se refiere dicho campo de entrenamiento, así como de sus zonas de seguridad (próxima y lejana), ya establecidas por las OOMM de 13 de febrero de 1981 y 28 de julio de 1983, y del espacio aéreo comprendido sobre dichos terrenos.

La Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, declaró Parque Natural el ámbito territorial que comprende Bardenas Reales de Navarra, dejando excluido de dicha figura de protección, entre otras, la zona de uso especial como polígono de tiro, con una extensión de 2.244 hectáreas. En el Plan de Ordenación correspondiente se reconocía el uso militar de la zona del polígono de tiro, previéndose expresamente dos posibles opciones a la conclusión del convenio: la renovación del contrato con el Ministerio de Defensa —con las modificaciones a que hubiese lugar— y la no renovación del mismo, debiéndose adoptar entonces la figura de protección más adecuada del territorio correspondiente.

Por RD 191/2002, de 15 de febrero (BOE de 26 febrero 2002), se declara *Zona de Interés para la Defensa Nacional* el asentamiento de la

El Parlamento de Navarra impugnó dicho RD, solicitando expresamente la declaración de nulidad del mismo. Se alegó por el Parlamento navarro que dicho RD impugnado constituye una declaración puramente formal, que pretende elevar el grado de afectación a los fines de Defensa de un territorio con la única finalidad de preconstituir prueba en el caso de un futuro conflicto constitucional, conflicto ya producido con motivo de la promulgación de la Ley Foral 16/2000 a que seguidamente nos referiremos. Se alegó también arbitrariedad, desviación de poder y contradicción con normas de superior rango estatales, en concreto con la DA 1.ª de la Ley 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de enero de 2002, Sala 3.ª, desestima el recurso contencioso-administrativo declarando que el RD es conforme a derecho.

En efecto, con posterioridad al RD, la Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, en su artículo único modifica el párrafo primero del artículo 1 de la Ley Foral 10/1999 pero ahora sin excluir el polígono de tiro. En la Disposición Final tercera de esta última ley, se dispone que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley (la ley entró en vigor el 10 de junio de 2001) se procederá por la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra a la redacción de la modificación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para su tramitación y aprobación por el Gobierno de Navarra. En esta modificación se establecerán las determinaciones y el régimen de los terrenos ocupados por el polígono de tiro. Tales determinaciones y régimen jurídico serán efectivas una vez que se produzca el total desmantelamiento de las edificaciones e instalaciones militares que sean incompatibles con los usos definidos por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, que se desactiven los explosivos y se retiren todos los elementos y restos de carácter militar existentes en los bienes ocupados por el campo de tiro y zonas adyacentes del mismo.

Contra la Ley Foral 16/2000 se ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad por el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución, la impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses. Pues bien, el Tribunal Constitucional, por Auto de 18 de septiembre de 2001 levanta la suspensión de la Ley impugnada, en atención a que, según dicho Auto, ningún perjuicio cierto y actual puede generarse para los intereses de la Defensa Nacional por el levantamiento de la suspensión de la Ley Foral recurrida, ya que el límite temporal acordado por el propio Ministerio de Defensa para el mantenimiento del uso militar del espacio protegido resulta respetado por la Ley impugnada y a que incluso si se produjeran perjuicios contrariando la previsión legal, podrá tener lugar la reacción preventiva del Estado ante este Tribunal mediante el procedimiento que en cada caso corresponda. Y a que entre el Ministerio de Defensa y la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra existe un Acuerdo "que mantenga las relaciones entre ambas entidades durante el tiempo considerado necesario para que por el Ministerio de Defensa se proceda a la localización y puesta en funcionamiento de un Campo de entrenamiento alternativo y fuera de la Comunidad Foral de Navarra, comprometiéndose el citado Ministerio a llevar a cabo los máximos esfuerzos para la consecución del citado objetivo y así concluir con el actual uso militar para que el territorio afectado pueda ser objeto de la limpieza técnica y el desmantelamiento oportuno que permita ser reintegrado al uso civil (apartado cuarto). En concordancia con ello, ambas partes acuerdan que se continúe destinando al uso militar... la superficie de 2.244 hectáreas actualmente destinadas a Campo de tiro y Entrenamiento, por un plazo comprendido desde la fecha de hoy hasta el 31 de diciembre de 2008, entendiéndose que dentro de este período se dará por concluido este acuerdo para el uso militar, si antes del vencimiento de dicho plazo el Ministerio de Defensa tuviera operativo otro campo de entrenamiento alternativo, en cuyo caso se procederá de inmediato por el Ministerio de Defensa a la suspensión de las actividades militares y culminarán los trabajos de limpieza técnica de los restos de dicha actividad militar...".

estación de vigilancia aérea n.º 14 del Ejército del Aire y el acceso a la misma, en el Pico del Lobo (Cerezo de Arriba en la provincia de Segovia). Se trata de una estación de vigilancia aérea con radares fijos que se ubican en estas instalaciones. Dicha estación viene a cubrir desde una altura adecuada las submesetas norte y sur, con el fin de solapar coberturas con otros radares. Tiene una superficie aproximada de 39.041 metros cuadrados, delimitado por las siguientes coordenadas:

X1	460.457,98,	Y1	4.559.356,39
X2	460.454,86,	Y2	4.559.439,47
X3	460.591,77,	Y3	4.559.444,61
X4	460.685,24,	Y4	4.559.496,55
X5	460.823,39,	Y5	4.559.508,37
X6	460.828,95,	Y6	4.559.422,70
X7	460.757,54,	Y7	4.559.375,96
X8	460.533,08,	Y8	4.559.345,30
X9	460.500,44,	Y9	4.559.357,99

Según el artículo 2 del RD 191/2002, las limitaciones y condiciones que conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 8/1975, se imponen en esta Zona son las siguientes:

1.^a Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa, la transmisión de la propiedad, así como la constitución, transmisión y modificación de cualquier derecho real sobre la misma, *con independencia de la nacionalidad o naturaleza de los otorgantes.*

2.^a Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa cualquier obra de edificación o construcción promovida por entidades públicas o privadas, así como la cesión por cualquier título de los aprovechamientos agrícolas, pecuarios o cinegéticos sobre los territorios afectados.

3.^a Interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la Defensa Nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que pueda incidir en la utilización militar de la instalación o en el eficaz funcionamiento de los medios de control de tráfico aéreo en ella localizados.

Por RD 192/2002, de 15 de febrero (BOE de 26 febrero 2002), *se declara Zona de interés para la Defensa Nacional el asentamiento de la estación de vigilancia aérea n.º 23 del Ejército del Aire en el Pico de Malpaso, municipio de Frontera, en la Isla de El Hierro.* Se trata de mejorar la vigilancia aérea de la zona de las Islas Canarias como consecuencia de la insuficiencia de los radares actuales para cubrir todo el espacio aéreo, al producirse distintos apantallamientos originados por el Teide. Dicha

estación tiene una superficie aproximada de 3.175 metros cuadrados, delimitada por las siguientes coordenadas:

X1	200.313,39,	Y1	3.070.727,98
X2	200.333,39,	Y2	3.070.757,98
X3	200.333,39,	Y3	3.070.746,15
X4	200.368,39,	Y4	3.070.746,15
X5	200.368,39,	Y5	3.070.777,15
X6	200.428,39,	Y6	3.070.777,15
X7	200.428,39,	Y7	3.070.737,15
X8	200.368,39,	Y8	3.070.737,15
X9	200.368,39,	Y9	3.070.741,15
X10	200.333,39,	Y10	3.070.741,15
X11	200.333,39,	Y11	3.070.727,98
X12	200.313,39,	Y12	3.070.727,98

Según el artículo 2 del RD 192/2002, las limitaciones y condiciones que conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 8/1975, se imponen en esta Zona son las siguientes:

1.^a Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa, la transmisión de la propiedad, así como la constitución, transmisión y modificación de cualquier derecho real sobre la misma, *con independencia de la nacionalidad o naturaleza de los otorgantes*.

2.^a Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa cualquier obra de edificación o construcción promovida por entidades públicas o privadas, así como la cesión por cualquier título de los aprovechamientos agrícolas, pecuarios o cinegéticos sobre los territorios afectados.

3.^a Interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la Defensa Nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que pueda incidir en la utilización militar de la instalación o en el eficaz funcionamiento de los medios de control de tráfico aéreo en ella localizados.

Y en fin, por RD 193/2002, de 15 de febrero (BOE 26 febrero 2002) *se declara Zona de Interés para la Defensa Nacional los terrenos situados en la denominada Dehesa de los Carabancheles, Zona de Campamento en los términos municipales de Madrid y Pozuelo de Alarcón*. Se trata de subvenir a la necesidad de contar con unos terrenos en esa Zona para nuevas instalaciones. Tiene una superficie aproximada de 100 hectáreas y está delimitada por las siguientes coordenadas UTM:

1	429.509,37	4.472.350,90
2	430.228,53	4.472.425,07
3	430.972,91	4.472.511,25
4	430.974,91	4.472.503,53
5	430.974,91	4.472.006,20
6	430.974,72	4.471.980,22
7	430.956,46	4.471.923,10
8	430.943,73	4.471.911,28
9	430.905,93	4.471.892,69
10	430.672,95	4.471.796,53
11	430.398,67	4.471.720,08
12	430.113,02	4.471.678,66
13	429.862,97	4.471.672,69
14	429.806,02	4.471.665,41
15	429.722,55	4.471.727,32
16	429.627,72	4.471.790,33
17	429.523,05	4.472.002,71
18	429.490,14	4.472.105,46
19	429.476,36	4.472.183,53
20	429.473,00	4.472.271,00
21	429.472,00	4.472.313,00

Según el artículo 2 del RD 193/2002, las limitaciones y condiciones que conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 8/1975, se imponen en esta Zona son las siguientes:

1.^a Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa, la transmisión de la propiedad, así como la constitución, transmisión y modificación de cualquier derecho real sobre la misma, *con independencia de la nacionalidad o naturaleza de los otorgantes*.

2.^a Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa cualquier obra de edificación o construcción promovida por entidades públicas o privadas, así como la cesión por cualquier título de los aprovechamientos agrícolas, pecuarios o cinegéticos sobre los territorios afectados.

3.^a Interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la Defensa Nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que pueda incidir en la utilización de las instalaciones o en su seguridad.

En los tres RRDD antes citados (al igual que en el RD 1943/2000, de 1 de diciembre), se dispone que en la zona declarada se considerarán prioritarios los intereses de la defensa nacional, sin perjuicio en su caso del derecho a la indemnización o compensación que prevé el artículo 28 de la Ley 8/1975, cuando tales intereses resulten incompatibles con los demás intereses públicos o privados concurrentes.

IV. Especial consideración de Baleares

En Baleares confluyen varios 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. Y sin olvidar las normas sobre limitaciones en las zonas de seguridad de las instalaciones militares y civiles de interés militar.

En cuanto zona de acceso restringido a la propiedad por extranjeros, Baleares sigue el régimen general con alguna particularidad que ahora no interesa considerar. De las limitaciones por razón de zonas de seguridad de instalaciones ya hemos hablado. 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.

La Disposición final tercera, apartado 2, 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, declara derogadas una serie de disposiciones relativas a la Zona Militar de Costas y Fronteras, y entre ellas las afectantes a Baleares, concretamente el Decreto de 15 de febrero de 1933 estableciendo límites y el Decreto de 5 de junio de 1934 sobre autorización para construcciones en la Zona Balear.

Sin embargo, la Disposición Transitoria tercera del mismo Reglamento ordena que "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 5.º de este reglamento, los cuales irán sustituyendo, a medida que se publiquen, a las antedichas disposiciones".

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 4860, 4862 y 4863 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).

No obstante, *las limitaciones por razón de zona militar de costas y fronteras no se aplican actualmente en Baleares*. Se ha entendido que las previsiones de la DT 3.^a del Reglamento de 10 de febrero de 1978 (cuando dice “hasta la publicación de los decretos a que se refiere el art. 5.º de este Reglamento”), ya se han cumplido con la publicación de un solo Decreto que declare una Zona de Interés para la Defensa Nacional, aun cuando no se refiera ésta para nada a Baleares, interpretación más que dudosa si se tiene en cuenta la ratio de la norma de la mencionada DT 3.^a. Lo cierto es que ya el RD 811 de 20 de julio de 1988 creó el llamado “Polígono de Anchuras” en la Provincia de Ciudad Real, después derogado por RD 863/1998, de 8 de mayo. Y con posterioridad, por RD 1943/2000, de 1 de diciembre, se ha creado como Zona de Interés para la Defensa Nacional el Campo de entrenamiento de las Fuerzas Armadas de las Bárdenas Reales, en Navarra y por RRDD 191, 192 y 193 de 15 de febrero

de 2002 se han creado las Zonas de Pico del Lobo (Segovia), Pico de Malpaso (Isla de El Hierro) y Dehesa de los Carabancheles (Madrid).

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 extranjero, debemos entender que no son sociedades españolas ni comunitarias, aquellas 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.

En cambio, *en principio 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. Pero como ya hemos indicado antes, *en la práctica no se aplican estas limitaciones por razón de la zona militar de costas y fronteras en Baleares*. Pero quedan en pie las limitaciones derivadas de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, promulgada en cumplimiento del artículo 132.2 de la Constitución Española.

Asimismo, *les afectan las limitaciones derivadas de las normas sobre zonas de seguridad* de las instalaciones de interés militar o civiles de interés militar.

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

Vaya por delante la advertencia que hemos hecho sobre la concepción de una sociedad, a estos efectos, como española o comunitaria.

Esto supuesto, a las personas no nacionales de España o país comunitario *les afectan* las siguientes limitaciones:

Las derivadas de las normas sobre *zonas de seguridad* de las instalaciones de interés militar o civiles de interés militar.

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, sobre *zona militar de costas y fronteras* de particular aplicación a las Baleares. Pero como ya hemos dicho, *estas limitaciones especiales no se aplican en Baleares*. Y sin perjuicio de observar las limitaciones derivadas de la Ley de Costas, antes citada.

LA REGULACIÓN DEL CONTRATO Y EL PROBLEMA DE LA CAUSA (*)

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: PLANTEAMIENTO. **1.** LA EXPERIENCIA DE LA ACADEMIA DE PAVÍA. **2.** EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS. **3.** UN CONCEPTO TÉCNICO POSIBLE. **4.** UNA REFERENCIA AL DERECHO ROMANO COMO PUNTO FINAL.

Planteamiento

En la tradición jurídica latina, inspirada en el *Code civil* francés y ulteriormente en el **pandectismo tardío** italiano, nos hemos habituado a referir el requisito de la **causa**, originariamente contemplado para la **obligación**, como algo que pertenece al **contrato**, acentuando, con ello, los matices subjetivos de su valoración. Incluso cuando H. CAPITANT, saliendo al paso de la numerosa corriente “anticausalista”, vuelve a si-

(*) Este trabajo forma parte de la obra homenaje a D. Ildefonso Sánchez Mera.

tuarla en torno a la **obligación**, todavía se acentúa más su valoración subjetiva (1). No importa que el *Codice civile* italiano de 1942, volviendo al **contrato** haga un esfuerzo en favor de una concepción objetiva (2), ya que la crisis de la teoría de la **función social del contrato**, de una parte, y la valoración de la **ilicitud de la causa**, por otra, ha llevado a admitir una dimensión subjetiva, dicotomía que también se observa en la doctrina española (3), lo que tiene indudables inconvenientes, como la confusión entre **causa y objeto** (4), por mucho que se diga, o el hacer de la **ilicitud** el problema central de la **causa**, cuando en realidad se halla en que forma parte del límite al reconocimiento de la **autonomía privada**, eso sin olvidar que, en ocasiones, propicia un consensualismo salvaje, favoreciendo la simulación y el fraude y poniendo en peligro, por ello, la seguridad jurídica.

Pero, con todo, no me siento anticausalista (5). En otro tiempo, en la doctrina del Derecho común, las diversas teorías sobre la causa han hecho posible el reconocimiento del contrato como **categoría general**, lo que viene consagrado por las codificaciones. Pero, por ello mismo, ya no hubiera sido necesario hablar tanto de ella, por lo menos, con el mismo énfasis, sino de una manera distinta (6). No ha sido así y una doctrina proteica, inabarcable a primera vista, formada, tanto o más, por lo que dicen los autores que por lo que resultaría de los propios preceptos legales, ha constituido un **corpus** sapiencial verdaderamente importante, facilitando, a pesar de todo, enormemente, la tarea casuística de la jurisprudencia. Ahora bien, yo me pregunto si se puede mantener, con éxito,

(1) Para una exposición, muy completa, de la doctrina de la causa, de particular interés en nuestra tradición latina, *vid.* sobre todo J. MELICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, 3.^a ed., Caracas, 1997, pp. 249 a 318.

(2) Pero, bien pronto, queda desbordada al insertar en la interpretación de los escasos textos legales, todo el acervo doctrinal anterior, *vid.* por todos, M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 1987, pp. 419 y ss.

(3) Lo mismo en la clásica exposición, cuajada de erudición y de sugerencias, del maestro F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 163 a 256; que, desde otro punto de vista, en la reciente y muy brillante investigación de L. H. CLAVERIA, *La causa del contrato*, Bolonia, 1998.

(4) Esta preocupación late ya en uno de mis trabajos de juventud, aun procurando mantener, con firmeza, la distinción, entre **causa y objeto**: J. L. DE LOS MOZOS, "El objeto del negocio jurídico", en *Revista de Derecho Privado*, 1960, ahora en *El negocio jurídico (Estudios de Derecho civil)*, Madrid, 1987, pp. 47 y ss.

(5) En otro tiempo traté de encontrar una fundamentación objetiva, pero creo que no encontré el camino adecuado, "La causa del negocio jurídico (Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto)", en *Revista de Derecho Notarial*, 1961; acercándome bastante en "Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico", en *Revista de Derecho Privado*, 1970; ahora, en *El negocio jurídico*, cit., pp. 155 y ss. y 433 y ss. respectivamente.

(6) Un planteamiento moderno, siempre en la línea crítica de las teorías dominantes en torno a la causa, hallamos en las actas del importante Congreso de Palermo-Trapani de 1995 sobre *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparata*, Milano, 1997.

en el contexto actual, en que estamos abocados a la “globalización”. Esta es la cuestión, ¿qué camino hemos de seguir? No lo sé, pero ahora que se habla de “integración”, en todas partes, y de reforma de los propios Códigos civiles, el tema merece, cuando menos, una reflexión.

1. La experiencia de la Academia de Pavía

Durante los últimos diez años, he tenido el privilegio de formar parte del “grupo de trabajo” de Pavía que bajo la iniciativa y coordinación del profesor G. Gandolfi elabora un Anteproyecto de **Código europeo de contratos**, habiendo concluido en la sesión de noviembre de 1999 lo que llamaríamos su doctrina general, que comprende, por las necesidades de integración de los Derechos británicos, pertenecientes a la familia del “*Common law*”, muchas materias de lo que llamamos “teoría general de las obligaciones” (7). En nuestro propósito, se toma, como punto de partida, el Derecho comparado y se tienen en cuenta todos los avances del Derecho uniforme, pero no se trata de seguir en esta línea, sino de hacer un **Código único** (8), **código de reglas, no de principios**, que es lo que demanda el “**mercado único**”, que ya tiene una “**moneda única**” y que puede aspirar a alcanzar aquel objetivo (9). Aunque las tendencias contrarias a este propósito hay que reconocer que son muy fuertes (10).

(7) Académie des Privatistes Européens, *Code européen des contrats, Livre premier* (coordinateur Giuseppe Gandolfi), Milano (ed. A. Giuffrè), 2001.

(8) Una información bastante completa sobre los primeros pasos de nuestro grupo de trabajo, en *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti* (Pavía, 20-21 ottobre 1990), a cargo de P. STEIN, Milano, 1993.

(9) Muestra un parecer contrario, M. J. BONELL, “The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law”, en el congreso *Towards a European Civil Code*, celebrado en La Haya el 28 de febrero de 1997 y publicado en versión italiana en *Europa e diritto privato*, 1 (1998), pp. 171 y ss. El autor es partidario de la técnica del Derecho internacional privado y, a lo sumo, del Derecho uniforme, único campo en el que, según él, es posible hacer verdaderos progresos, recogiendo, por lo demás, la doctrina más reciente al respecto, en ese ámbito. Sin embargo, una explicación, muy coherente y fundada, de “nuestro” método de trabajo, seguido en la Academia de Pavía, tal y como lo hace en su “*Preface*”, el profesor Peter STEIN al *Code européen des contrats*, cit., puede dar muy brevemente idea de todo lo contrario.

(10) Efectivamente, en 1994 aparecen publicados los *Principios de Unidroit* para los contratos mercantiles internacionales y al año siguiente, en 1995, se empiezan a publicar los *Principios de Derecho europeo de los contratos* de la llamada Comisión LANDO, que está mucho más cerca de un “restatement” que de un “código” (Cfr. *Principles of European Contract Law*, a cargo de O. LANDO y de H. BEALE, Dordrecht-Boston-London, 1995), aparte de que parece que va para largo, pues, cada vez ensancha más lo que considera ha de ser objeto de esa particular codificación. Después de esto no faltan comparatistas, precisamente en Italia, que digan que es inimaginable hacer un Código europeo de contratos (M. J. BONELL), menos mal que hay otros que opinan todo lo contrario, como C. CASTRONOVO, “Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?”, en *Europa e diritto privato*, 4 (1998), pp. 1019 y ss.

De todos modos, hasta ahora, el estado de la integración jurídica en la Unión Europea es puramente preliminar y tenemos que darle por superado. A ello nos mueven, no sólo las exigencias que demandan los Tratados, sino también la experiencia negativa que, de modo constante, estamos recibiendo de las actuaciones comunitarias (directivas y reglamentos de la Comisión y del Consejo), siempre sectoriales, y de las propias sentencias de la Corte de Luxemburgo. En una palabra, hay motivos más que suficientes para tratar de salvaguardar nuestra tradición jurídica común. Efectivamente, los euroburócratas, en su inmensa mayoría, y hasta los magistrados de la Corte, en muy buena medida, o no son juristas de formación civilista, o no tienen oportunidad de actuar como tales. Sin duda que aplican, con rigor, en los asuntos que conocen un ordenamiento que resulta de la lógica de los Tratados y de las actuaciones comunitarias, de manera que, en lo que es el “Derecho económico” que los inspira y en lo que sería el “Derecho constitucional” de la propia Unión, en cuanto ésta constituye una verdadera “comunidad de Derecho”, una “*Rechtsgenossenschaft*”, la integración va avanzando progresivamente; sin embargo, estos avances no comportan un desarrollo paralelo en otros muchos órdenes, por la asimetría existente entre ordenamiento y mercado y, por supuesto, esto presenta mayor gravedad en la integración del Derecho privado que se ve afectado, cada vez más, por una constante erosión, un deterioro creciente que viene impuesto, cuando menos, desde criterios “extrasistemáticos”, y que, como es natural, suscitan una muy justificada alarma, como se viene denunciando desde las revistas jurídicas más prestigiosas (11). Amenazando con llegar a ser, bien pronto, un nuevo género literario.

A efectos del tema sobre el que me interesa reflexionar, en el núm. 3 de la “*Zeitschrift für europäisches Privatrecht*” (1997), viene publicado un artículo de VITTORIA BASANI, de Verona y de WOLFGANG MINCKE, de Maastricht, titulado: **Europa sine causa?** El artículo recuerda una sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 13 de noviembre de 1990 que, en su momento, conmovió a la opinión común de los juristas españoles. El caso, de por sí, es bastante emblemático: se trata de las relaciones entre dos sociedades, la sociedad deudora traspasa su activo a una filial con intención defraudatoria y la acreedora se queda sin cobrar. Como hay fraude de acreedores y el contrato de absorción carece de **causa**, el juez español aprecia la nulidad del contrato y plantea la **cuestión** ante el Tribunal de las Comunidades Europeas. Éste declara que el contrato es per-

(11) Yo mismo he participado, hace tiempo, en el debate: J. L. DE LOS MOZOS, “Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común”, en *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 211 y ss. y allí referencias en el sentido indicado en el texto.

fectamente válido, fundándolo en la Directiva 68/151, que no menciona la causa entre los requisitos que exige para que se lleven a cabo contratos de esa naturaleza, entre sociedades, y aunque comporten un desplazamiento patrimonial. Esta sentencia (*Marleasing*, TJCE, as C-106/89, Rec. 1990, p. 4135), que en su momento fue muy comentada, confirma cómo la integración europea se hace de espaldas al Derecho privado, no sólo al de la tradición latina. Y no es éste el único caso, hay otros muchos que podrían citarse aquí en relación con las más diversas materias.

Ciertamente, aunque solamente algunos códigos latinos, no todos, mantengan la exigencia de la causa como requisito para la validez del contrato, no podemos olvidar que los considerados no causalistas, también la admiten de una manera indirecta (**causa de la atribución patrimonial**), pues reconocen una **acción de enriquecimiento injusto**, siguiendo la traza del BGB (parágrafo 812-2) (12), como el CO suizo (art. 62) (13), el Código civil portugués (art. 473) (14), o el holandés de 1992, NNBW (6,4,3,1 = art. 212 del Lib.VI) (15) y aunque el concepto tenga, en estos ordenamientos, una instrumentación distinta, en cada caso, derivada de connotaciones de sistemática interna diferentes, responde al mismo fundamento que igualmente podemos encontrar en el “*Common law*”, aunque, viniendo por otros caminos, desde un planteamiento dogmático tan diverso.

Volviendo a la sentencia citada, llama la atención la carencia de argumentación, cuyo discurso se desarrolla en el ámbito del “*strictum ius*”. No sé si hubiera sido de otra manera, si en vez de alegar “falta de causa”, se hubiera invocado que se había vulnerado la **buena fe**, con apoyo en el artículo 7-1.º C.c. español y que, además, viene reconocida en el artícu-

(12) Vid.: J. L. DE LOS MOZOS, “Negocio abstracto y reconocimiento de deuda”, ahora en *El negocio jurídico*, cit., pp. 299 y ss. y, concretamente, pp. 306 y ss. y 313 y ss.

(13) La causa no aparece como requisito del contrato, pero el artículo 17, de alguna manera la presume: “El reconocimiento de una deuda es válido, aun si no enuncia la causa de la obligación” (art. 17), sin embargo, a pesar de ello, el artículo 62 proclama el principio, según el cual: “El que sin causa legítima se ha enriquecido a costa de otro, está obligado a la restitución” (párrafo primero), lo que desarrollan otros preceptos (arts. 62-67, etc.).

(14) La causa no aparece como requisito del negocio jurídico (arts. 217 y ss.) ni de los contratos (arts. 405 y ss.), sin embargo, el artículo 473 proclama el mismo principio: “El que se ha enriquecido sin causa justificativa a costa de otro está obligado a restituir aquello con lo que injustamente se lucró” (párrafo primero).

(15) En un contexto distinto en el que: “La transmisión de los bienes requiere la entrega en virtud de un título válido –*causa traditionis*– efectuada por aquel que tiene derecho de disponer del bien” (párrafo primero del art. 84 del Lib. III), no se exige la causa como requisito del contrato (arts. 213 y ss. del Lib. VI), sin embargo, se halla implícito su reconocimiento, en el artículo 212 del propio Lib. VI, que se ocupa del enriquecimiento injustificado: “El que se enriquece injustamente a costa de otro debe, en la medida que sea conveniente, reparar el daño hasta el límite de su enriquecimiento” (párrafo primero).

lo 1-7.º de los *Principios de Unidroit* (16), de publicación posterior, pero que se inspiran en convenios internacionales en que aquélla se halla presente, mientras que la **causa** tampoco aparece para que el contrato sea válido en este nuevo texto (art. 3-2.º de los citados *Principios*) (17). Es curioso advertir que mientras la causa (que ha estado siempre ausente en el Derecho uniforme), ha ido poco a poco desapareciendo, como sucede, en este ámbito, en los Códigos antes citados y, por influencia alemana, en los Códigos civiles de Brasil (18) y de Perú (19), en cambio, en todos ellos, la **buena fe**, cada vez se afirma más, y aunque, una y otra tienen un fundamento común, sin duda, la "*aequitas pacti*", cada una despliega funciones distintas (20).

Pero dicho esto, la dificultad para la integración y consiguiente formulación de un "Código único", no viene tanto de las diferencias entre los Códigos latinos y los de inspiración germánica (alemán, suizo, portugués y holandés), sino del contraste entre la tradición romanista del "*Civil law*" y la tradición del "*Common law*" (21), donde la presencia de algo "análogo" a la causa hace todavía la comparación más insidiosa. Pero curiosamente los británicos, en el seno del "grupo de trabajo" de Pavía, han estado siempre dispuestos, desde el primer día, a abandonar el requisito de la **consideration**, como puede verse en el *Contract Code* H. MCGREGOR, uno de nuestros instrumentos de trabajo más importantes (22), junto al Libro IV del *Codice civile* italiano de 1942.

(16) Cfr. "(Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber".

(17) Cfr. "(Validez del mero acuerdo) Todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes".

(18) El artículo 82 no menciona la causa entre los requisitos del acto jurídico, ni tampoco lo hacen los artículos 1.079 y ss. para los contratos, pero no se habla propiamente de enriquecimiento injusto, sino de pago o entrega de lo indebido: artículos 964 y ss.

(19) No menciona la causa entre los requisitos de los contratos: artículos 1.351 y ss., pero al tratar del acto jurídico, en general, entre sus requisitos contiene el "fin lícito", que según cierta doctrina puede ser considerado como causa. Por otra parte, contempla el enriquecimiento sin causa en los artículos 1.954 y 1.955.

(20) Por todo ello, da la impresión de que mientras la causa se "desvanece", la buena fe se afirma, en tal sentido me he manifestado anteriormente: J. L. DE LOS MOZOS, "La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno", en *Libro-homenaje al profesor A. A. Alterini*, Buenos Aires, 1997, pp. 879 y ss.

(21) Para la comparación moderna es muy importante el libro de H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996, trad. inglesa (Oxford, 1997). De todos modos, sigue siendo interesante el trabajo de G. ALPA, "L'avenir du contrat: aperçu d'une recherche bibliographique", en *Revue internationale de droit comparé*, 1985, pp. 7 y ss.

(22) Ha permanecido inédito hasta que fue publicado, en inglés, con una "prefazione" de G. GANDOLFI por Ed. Giuffrè, *Contract Code (Drawn up on behalf of the English Law Commission)*, Milano, 1993, hay traducción española de los profesores J. M. DE LA CUESTA y C. VATTIER, Ed. J. Bosch (Barcelona, 1997).

De todos modos, es muy difícil encontrar un camino que lleve a la confluencia de dos tradiciones jurídicas tan distintas, porque hacer una profundización histórica que, sin duda, sirve eficazmente al Derecho comparado (23) y, sin la cual, éste resulta un galimatías incomprensible, no siempre es capaz de romper la propia identidad de cada una, ni es fácil llegar a aquellos momentos en que los sistemas respectivos adquieren su propia personalidad, diferenciándose recíprocamente. Sin embargo, puede haber confluencias sorprendentes, otra cosa es que sean aparentes o reales. El civilista español JOSÉ PUIG BRUTAU, recuerda que algunos romanistas anglosajones han hablado de que la doctrina de la **consideration**, se desarrolla a partir de la famosa paráfrasis de Theófilo, un jurista bizantino que se ocupa de la **causa de los innominados** (24) y curiosamente se podría afirmar, a primera vista, que J. DOMAT, en el siglo XVIII, cuando habla de la **causa de la obligación**, no está tampoco muy lejos de tratar a todos los contratos como si fueran innominados, aunque con toda seguridad no fuera ésta su intención, puesto que, como es sabido, este famoso iusnaturalista se limita a hacer una clasificación de los contratos “*dans leur ordre naturel*” (25). Pero, si fuera así, de un tronco común, se pasaría a una bifurcación de donde salen dos ramas diferentes. Lo que pasa es que el concepto moderno de contrato, en la constante progresión del Derecho común, se produce en virtud de una generalización del esquema de los contratos **nominados** o consensuales, constituyéndose en “categoría general”, lo que consagran las codificaciones de la primera generación, iniciándose, entonces, como consecuencia del positivismo legalista, ese proceso que es, o que puede parecer, de desviación doctrinal o de exageración de la teoría de la causa y que ha llevado a que hayan aflorado posiciones anticausalistas por todas partes (26). En cualquier caso, sea como fuere, no parece una doctrina propicia para dialogar sobre la integración. Aparte que, cada vez, se ha ido alejando más de su originario significado y de la verdadera **función técnica** que es llamada a desplegar

(23) Este argumento se halla en la línea que iniciara F. C. von SAVIGNY, seguida después por P. KOSCHAKER y H. KANTOROWICZ, y más recientemente por el maestro H. COING y, contemporáneamente, por el profesor ZIMMERMANN, como recuerda A. GAMBARO, “Jura et leges nel processo di edificazione di un diritto privato europeo”, en *Europa e diritto privato*, 4 (1998), pp. 993 y ss.

(24) *Fundamentos de Derecho civil*, II-1, *Doctrina general del contrato*, 2.^a ed., Barcelona, 1978, pp. 16 y ss. y 122 y ss.

(25) A este respecto *vid.* la interpretación que hace G. HANARD, “La cause dans les contrats: données romaines et codes civils français et allemand”, en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, suplemento al t. XLI (1994), pp. 103 y ss.

(26) Como uno de los más conspicuos representantes de esta corriente doctrinal, aparte de LAURENT o de PLANIOL, en la tradición cultural francesa y belga, me limitaré a citar aquí a J. DABIN, *La teoría de la causa*, trad. esp., Madrid, 1955.

en los diversos campos (*causa civilis obligandi, causa traditionis, conditio indebiti*, etc.), quedando oscurecida entre la abigarrada polifonía de su doctrina. En Derecho alemán, las cosas han sucedido de otra manera, por influencia de la Escuela histórica y del pandectismo y donde se concibe la ilusión, frente a las exageraciones iusnaturalistas e ilustradas, de restaurar la pureza romana ("**das römische Recht ist unserer Naturrecht**", en frase emblemática de C. HUGO), lo que acaba por triunfar en el BGB, al volver a establecer el sistema contractual sobre la base de una rigurosa "tipicidad legal", con ello la **causa** queda fuera del sistema, será una mera "*causa naturalis*", según dice W. FLUME (27), pero vuelve a aparecer indirectamente en el "enriquecimiento sin causa" para dar lugar a una **condictio** (parágrafo 812-2.º BGB), como ya antes hemos dicho.

Así las cosas, hay que partir de lo que nos une, no de lo que nos separa, existe un punto de unión respecto de la **causa** en la tradición romanista, aunque de forma indirecta, entendida como **causa de la atribución patrimonial**, pero esto no se puede trasladar a la doctrina en torno a la **consideration**, hay que buscar otros caminos para obtener una homologación de resultados, y prescindir, por ello, de lo que nos separa. En este caso, lo que nos une es un concepto de **contrato** que aunque no es absolutamente igual, entre ambas tradiciones, es bastante semejante y tiene, en su base, idénticos fundamentos filosóficos que forman parte de la **civilización occidental** que nos es común (28).

2. El Anteproyecto de Código europeo de contratos

Por todo lo dicho, la solución que ha prevalecido, unánimemente aceptada, no es la solución mejor, pues la cuestión no se plantea en estos términos, sino en cuanto que es la única posible: guardar silencio sobre el

(27) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-NewYork, 1965, pp. 152 y ss. y 167 y ss. (actualmente, hay edición española de la última edición alemana).

(28) Pasar de la simple "convención" (**conventio o pactio**) ha supuesto un largo proceso hasta llegar al **contrato**, en la tradición romanista, lo mismo que ha sucedido en el "Common law", para pasar del simple **agreement** al **contract**, hace falta que intervenga la **consideration** necesaria (lo que originariamente se denominaba un **quid pro quo**), que funciona de distinta manera en los contratos reales, consensuales o formales. Dando la sensación que en el área del "Civil law" la natural evolución ha ido más lejos. De todos modos, actualmente, podemos estar de acuerdo en fundamentar la obligatoriedad del contrato, en la realidad de que la simple voluntad **manifestada** es un hecho que ha influido en la esfera de intereses recíproca, de modo que sufrirían un perjuicio si no quedaran jurídicamente obligados a cumplirla. En este sentido puede decirse que la obligatoriedad del contrato se funda en una consideración ética derivada de la buena fe, que exige proteger la confianza que nuestra promesa o nuestra conducta pueda haber suscitado en otro.

particular, lo que supone tanto como prescindir del requisito de la causa. Efectivamente, cuando se habla de los **elementos esenciales** del contrato (29), en el apartado 3.º del artículo 5, se dice: “Los elementos esenciales del contrato son: a) el acuerdo de las partes; b) el contenido”.

Sin embargo, el Anteproyecto responde a la idea de lo que puede llamarse concepción **implícita** de la causa, como expresión del fundamento de la relevancia jurídica del contrato, aunque necesariamente no hace que se configure como un requisito independiente del mismo, sino que se identifica con él, puesto que éste es objeto de reconocimiento por el propio ordenamiento jurídico (“*pacta sunt servanda*”), lo que expresan mejor, en nuestros códigos, ciertos preceptos que reconocen la eficacia de la **autonomía privada**, en las normas generales de los contratos, como el artículo 1.255 C.c. español que se inspira, directamente, en el **Código de las siete Partidas**, al disponer que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público” (30).

En esta línea y después de establecer un concepto de **contrato** que puede ser asumido por todos, al definir el juego de la **autonomía privada**, el artículo 2.º expresa: “1. Las partes pueden determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal y como son fijadas en el presente Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros. 2. En los límites del párrafo precedente las partes pueden concluir contratos que no queden sometidos a la regulación del presente Código y, en particular, a través de la combinación de tipos legales diferentes o a la relación entre muchos actos”. Es decir, se huye claramente de un sistema de “tipicidad legal”, manteniéndose, **implícitamente**, un sistema de “tipicidad causal”, como es propio de la tradición jurídica latina, luego la **causa** no desaparece del todo, ocupa únicamente el lugar que le corresponde en un sistema en que a todo **contrato** se le reconoce eficacia jurídica.

Por otra parte, aquellas consecuencias que derivan de la exigencia de **causa** en los ordenamientos llamados “causalistas”, especialmente por lo que se refiere a esa extensión de su doctrina, llevada a cabo por

(29) El artículo 1 lo define en los siguientes términos: “1. El contrato es el acuerdo de dos o más voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola parte. 2. Salvo en lo previsto en las disposiciones que siguen, el acuerdo se forma también a través de actos concluyentes, positivos o negativos con tal que sean conformes a una voluntad anteriormente expresada, a los usos o a la buena fe”.

(30) P5,11,38. No tiene precedente en el Proyecto de 1851 y aparece, por primera vez, en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 (art. 1.268).

J. R. POTHIER, al ámbito de la **ilicitud** y exagerada después por las concepciones subjetivas de la causa, o se hallan contempladas en el ámbito reconocido a la autonomía privada (art. 2-1.º citado), o forman parte de la exigencia de un contenido **lícito** (arts. 25 y 30). Por lo demás, la **buenafé**, ocupa, a mi modo de ver, con mayor sentido, espacios que se disputaba la **causa**, como se expresa a propósito de las **cláusulas implícitas** (art. 32), principalmente, y conservando aquellos otros que le son propios, como sucede respecto de los tratos preliminares (art. 6), o del deber de información (art. 7), etc.

Ahora, para de alguna manera justificar, por lo demás, el abandono de la “teoría” de la causa, tal y como predomina en la doctrina que le es favorable en la interpretación de los Códigos considerados causalistas, tenemos que añadir todavía algunas breves consideraciones.

En primer lugar, no parece correcto que la mayor parte de ellos hablen de **causa de la obligación**, lo que puede tener un sentido preciso en cuanto “*causa civilis obligandi*” y que paladinamente se hable también de **causa del contrato**. Pero, de todos ellos, el que más exageró esta postura ha sido el Código civil español, al llegar a definir la causa, como lo hace el artículo 1.274, debido a una preocupación de F. GARCÍA GOYENA y que primero plasmó en el Proyecto de 1851. Pero todavía queda peor en los Códigos que no hablan de la causa de la obligación, como el *Codice civile* italiano de 1942, porque, entonces, la alusión a la causa es una simple reiteración del reconocimiento de la autonomía privada y, además, viene a coincidir, según entienden muchos, como requisito del contrato, con el **objeto** del mismo. Esta coincidencia, se ha hecho casi textual, en el nuevo *Code civil* de Québec de 1994 (arts. 1.410 y 1.412) (31), a pesar de que la cuestión fue muy discutida en los trabajos preparatorios y otro tanto ocurre en los sucesivos *Proyectos de reforma del Código civil* argentino (32). Este concepto de causa, polifacético y multiforme, no parece que tenga nada que ver con el que ya intuían los romanos y que comprendieron y perfectamente desarrollaron los autores del Derecho común, como demostraron MEIJERS (33), CALASSO (34)

(31) Cfr. “La causa del contrato es la razón que determina a cada una de las partes a concluirle” (art. 1.410, párrafo primero). “El objeto del contrato es la operación jurídica propuesta por las partes en el momento de su conclusión, tal como ella resulta del conjunto de los derechos y obligaciones que el contrato hace nacer” (art. 1.412).

(32) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, “Un intento de unificación del Derecho Privado. El proyecto de Código civil de la República Argentina de 1998 unificado con el Código de Comercio”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999, pp. 263 y ss.

(33) “Les théories médiévales concernant la causa de la stipulation et la causa de la donation”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1936, pp. 378 y ss.

(34) *Il negozio giuridico (Lezioni di storia del diritto italiano)*, Milano, 1959.

y SÖLLNER (35), en investigaciones memorables, aún no superadas, o las más recientes de ZIMMERMANN, anteriormente referidas (36).

En segundo lugar, al producirse aquella confusión y al exagerarse, después, un planteamiento subjetivista, pierde sentido la **presunción de la causa**, pudiendo llegar a acarrear efectos perversos. No parece que ésta fuera la intención de los legisladores, sino todo lo contrario. El propio BIGOT-PRÉAMENEU, dice en la *Exposé des motifs* del *Code civil*, refiriéndose a la causa de la obligación: “Porque no se haya expresado la causa, no debemos creer que la obligación carece de ella. Así cuando por una carta declara una persona que debe, reconoce por esto mismo que hay una causa legítima de deuda, aunque ésta no se enuncie. Mas la causa que el acto expresa –añade– puede no existir o ser falsa, y si tal cosa se probase por medios que la ley autoriza, no permite la **equidad** que la obligación subsista”. Esta alusión a la equidad que ahora subrayamos es también muy significativa y resulta contraria a todo planteamiento subjetivista. Por otra parte, la absoluta presunción de la causa, referida al contrato, abre la puerta a un reconocimiento salvaje del **negocio abstracto**, en contra precisamente de lo que el propio ordenamiento propugna o facilita la simulación, sin tener en cuenta sus límites naturales (37).

En tercer lugar, el subjetivismo que se desarrolla en el comentario y en la exégesis de los códigos, ha llevado a desestabilizar la doctrina de la causa que todavía en su redacción les inspira, al tergiversar el sentido de lo que se entendía por “*causa finalis*”. En este orden de cosas, la formulación legal es mucho más fiel al verdadero concepto de causa, en el modo en que está redactado el artículo 499 del Código civil argentino (38) [no sucede lo mismo en el art. 1.467 del Código civil de Chile (39), y en

(35) “Die causa im Kondiktionem-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glosatoren, Kommentatoren und Kanonisten”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (röm. abt.)*, 1960, pp. 182 y ss.

(36) *Vid.* su obra fundamental al respecto: *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, 1993.

(37) Entendemos por límites naturales los que marcan las diferencias entre la distinta suerte de negocios y entre la diversidad de poderes: los del ordenamiento por un lado y los de la autonomía privada por otro; por eso los negocios formales difícilmente pueden ser negocios disimulados, porque el precepto de forma no depende de la autonomía privada, lo mismo que no cabe decir que en una unión de hecho *more uxorio* hay sociedad de gananciales, sin perjuicio de que pueda haber comunidad o comunidades ordinarias.

(38) Cfr. “No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”.

(39) .Cfr. “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente” (párrafo primero). “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (párrafo segundo), “así, la pro-

el art. 1.524 del Código civil de Colombia (40)], y a diferencia de los Códigos francés, italiano de 1865 y español, donde la ambigüedad es bien manifiesta. Porque, la propia equidad a la que alude BIGOT-PRÉAMENEU, o la idea de contraprestación o de remuneración le va muy bien a la causa de la obligación y tiene poco que ver con referencia al contrato. Además que, para que exista una obligación, hace falta la **relación jurídica** (pudiendo ser contractual, ciertamente) que la establezca o de la que derive. Así entendidas las cosas, en este sentido, son **causalistas** todos los sistemas, incluido el alemán, pero no es necesario hablar de **causa**, porque el contrato viene reconocido como una **categoría general**, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho intermedio. Lo que pasa es que, el Derecho alemán prescinde también de la **causa traditionis**, haciendo igualmente **abstracto** el negocio de transmisión de la propiedad y de los derechos reales (41), a diferencia de la generalidad de los restantes ordenamientos de tradición romanista, por eso, la **causa** no aparece más que a través de la “*condictio*”, como anteriormente ya hemos referido.

Pero para terminar con las críticas que se hacen a la formulación legislativa de la causa y al uso tan contradictorio y ambiguo que de ella hacen doctrina y jurisprudencia, no podemos aquí dejar de citar la brillante aportación de A. GAMBARO (42) que conecta, por derecho propio, con las más certeras que se han podido hacer, destacando tanto en el plano dogmático, como en el comparatista o histórico, lo que aquí no podemos siquiera resumir, nos basta, entre otros muchos aspectos, poner de relieve, como hace el autor citado (43), la multiplicidad de funciones que es capaz de asumir, lo que ha sido siempre uno de los argumentos que ha tenido en cuenta la doctrina anticausalista y que es fuente de eviden-

mesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita” (párrafo tercero).

(40) Coincide al pie de la letra con el anterior, al acoger, ambos códigos, la fórmula de Andrés BELLO que, como vemos, partiendo del concepto de causa de la obligación hacen tránsito al concepto de causa del contrato, a diferencia del Código argentino que, como muestra la nota al artículo de Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD, sigue fiel a la interpretación romanista según ORTOLAN, al que cita.

(41) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, “La doctrina de F .C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967-2; y “Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1972; ahora, en *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pp. 75 y ss. y 145 y ss., respectivamente.

(42) “Causa y contrato”, en el coloquio: *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo* (Universidad Externado de Colombia, agosto 1996), Bogotá, 1998, pp. 159 y ss.

(43) Siguiendo, en particular, a G. ALPA, “L’uso giurisprudenziale della causa del contratto”, en *NGCC*, 1995, II-1, y a otros autores, vid. *Ibid.*, p. 167.

tes contradicciones, ya que sirve lo mismo, en cuanto causa del contrato: como criterio de distinción entre promesas vinculantes y no vinculantes, como criterio clasificatorio de los diferentes contratos, como regla para invalidar los pactos *contra legem*, *contra bonos mores*, etc., y como criterio que permite insertar en el contrato los propósitos de las partes para que sean relevantes jurídicamente. “Basta por ello un vistazo a estas distintas funciones –dice GAMBARO– para maravillarse de que se haya perseverado durante tanto tiempo en el intento de gobernar cuatro grupos distintísimos entre sí con un mismo criterio ordenador. Incidentalmente habrá de hacerse notar que ello explica la polisemia del término causa, y que lo más probable es que en tales circunstancias la unidad del concepto sea ficticia, o esté circunscrita al sólo *nomem*”. De esta manera, pone de relieve algo que también hemos afirmado en algún momento anteriormente y que ahora hemos vuelto a repetir y es que los conceptos jurídicos tienen, o deben tener, una finalidad práctica y que, en algún momento han cumplido aquella función, pero que siguen estando presentes y los juristas los siguen utilizando aunque ya no sea necesario. Lo que A. GAMBARO dice de forma mucho más elegante y graciosa, aludiendo a que si nos separamos de los problemas económicos y sociales, en las construcciones jurídicas, no estaremos en condiciones de dar cuenta de los verdaderos problemas conceptuales, los que, perdida esa conexión, no son más que problemas para los juristas, no para la “gente”. Añadiendo que esto es lo que “ocurre de manera ejemplar en materia de *causa*, cuando se observa la aventura histórica de una terminología que se convirtió en categoría del pensamiento y, luego, en enigma para el pensamiento” (44).

Finalmente, y no se trata de un argumento de prestigio, sino de una reflexión comparatista, hay que pensar que los códigos que guardan silencio sobre la causa del contrato, responden a una técnica legislativa más avanzada (45), es curioso que el profesor MEIJERS, que se había pasado media vida estudiando la formación del concepto de contrato en el Derecho intermedio, cuando el Gobierno holandés le encomienda la reforma del Código civil, no duda en prescindir, en la formulación legislativa, de la doctrina de la causa, por lo que a la obligación o al contrato se refiere. Por otra parte, el Código civil de Perú de 1984, cuyo antecesor de 1936 ya se insertaba en el área de la influencia alemana, prescinde también de la causa como requisito del contrato (art. 1.351), cobrando un relieve especial la buena fe (art. 1.362), pero la idea de causa reaparece de

(44) *Ibid.*, p. 179.

(45) De esto da ejemplo el ABGB austríaco que es el primero que calla sobre la causa, pero a pesar de ello, la doctrina y la jurisprudencia sostienen concordemente su relevancia.

modo implícito, transformada en **fin lícito**, como exigencia para la constitución de un **acto jurídico** (art. 140) y cuya falta provoca la nulidad (art. 219).

3. Un concepto técnico posible

Al final del período anterior a la codificación, en lo que se ha llamado el “*usus modernus Pandectarum*”, hay un autor que tiene mucha influencia en España y también en América, llamado J. G. HEINECIO, que dice algo interesante, en relación con nuestro tema, a pesar de que, como todos los juristas de la época, siga reelaborando los materiales del **Corpus iuris civilis**, a saber: “Todos los contratos tienen que tener causa, es decir, alguna cosa presente, de la cual nazca obligación, según las leyes”, preguntándose cuántas y cuáles son estas causas. A lo que responde que son cuatro, “entrega de la cosa, palabras solemnes, instrumentos y consentimiento”. Con ello, pone de relieve que está, más mirando a los **efectos** que al **fundamento** del contrato, “pues la causa es lo que confiere la acción y de suyo un contrato, es una causa” (46). Como medio siglo antes, G. B. VICO, ocupándose más de un concepto retórico que jurídico, dirá que los latinos confunden **causa con negotium** (“*De antiquissima italorum sapientia*”, cap. III). Por eso, cuando después de J. DOMAT y de la codificación, en pleno guirigay causalista, las cosas han cambiado, en el panorama doctrinal, y, por supuesto, en el legislativo, eximios representantes del pandectismo tardío italiano y sus discípulos y continuadores [entre otros, BONFANTE, DEIANA, REDENTI, BARBERO, SCONAMIGLIO, MIRABELLI, MOSCO, PUGLIATTI, GIORGGIANI, RESCIGNO (47), etc.], siguen diciendo lo mismo, incluso con ocasión del comentario del nuevo Código civil de 1942. Orientación doctrinal que tiene un eco, muy importante, en la doctrina española, contando con ilustres representantes [como L. MARTÍN BALLESTERO, M. ALBALADEJO, F. A. SANCHO REBULLIDA y J. L. LACRUZ, por no citar más que a los civilistas (48)]. El mismo B. GUTIÉRREZ, un siglo antes, que participó en la codificación, aunque no en el Libro IV, está más cerca de HEINECIO y de esta corriente doctrinal que de los entusiastas del causalismo, cuando dice: que el contrato debía tener **nombre propio** y en su defecto **causa**, añadiendo, “causa se ha llamado

(46) *Recitaciones del Derecho civil romano*, II, 7.^a ed. (de L. DE COLLANTES Y BUSTAMANTE), Valencia, 1879, núms. 776 y 780, pp. 58 y 60-61.

(47) *Vid.* referencias en J. L. DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, cit., pp. 206 y ss.

(48) Aunque la mayor parte de ellos, después de opinar libremente, se someten, de mejor o de peor grado, a la tarea de encontrar un sentido a los preceptos legales, incluso en contra de sus propias convicciones.

también la razón o título del contrato, aun el **contrato** mismo” y, en este sentido, entiende la fórmula utilizada por el artículo 997 del Proyecto de 1851 (49), que pasa luego a ser el artículo 1.274 C.c. y que guarda relación evidente con la diferente naturaleza de los contratos, siguiendo a J. DOMAT.

Finalmente, esta orientación nunca ha sido ajena a la jurisprudencia, aunque haya estado muy entretenida en otras muchas tareas al respecto que ahora no interesan. Así la *sentencia de 14 de enero de 1935*, que se refiere a un supuesto de “negocio abstracto”, legalmente previsto en el ordenamiento, dice: “La causa de las obligaciones, entendida como elemento intrínseco del hecho contractual, no es la fuerza psicológica de los imponderables, determinantes de un querer individual orientado a la consecución de cierto fin, sino el esquema de la relación establecida por las partes, revestido por la ley con sanciones jurídicas características de la tipicidad, independiente de las subjetivas motivaciones de la voluntad”. Son muchas las que dicen, como la *sentencia de 4 de octubre de 1965*, que: “En los contratos, no es lo mismo la causa, que se identifica con la contraprestación y pertenece a la esencia del contenido obligacional que el motivo o finalidad extracontractual que pudo impulsar la voluntad de los contratantes”. Pues, para que el motivo tenga relevancia tiene que ser elevado a condición o modo (*sentencias de 17 de marzo de 1956, 8 de julio de 1977, 6 de diciembre de 1979, 30 de diciembre de 1985, 30 de septiembre de 1988*, entre otras). A aquella misma orientación responde también la jurisprudencia, cuando se trata de **calificar** adecuadamente un contrato que no es de compraventa sino de “cambio de finca por obra construida” (*sentencias de 29 de abril de 1972 y de 30 de diciembre de 1985*, entre otras), o cuando surge con “naturaleza mixta” (*sentencia de 21 de octubre de 1974*), o para hacer ver, en fin, que no cabe invocar la teoría de la **equivalencia de las prestaciones** (*sentencia de 13 de julio de 1987*), por no citar más que algunos ejemplos.

Por eso, a pesar de todo, a pesar de los excesos legislativos y doctrinales, todavía se puede identificar el “verdadero” concepto de causa, el cual, se ponga o no como requisito para la validez del contrato, es por encima de todo “**aquello por lo que el juez no nos deniega la acción**”, para hacer efectivas las obligaciones que del mismo derivan y que, en los contratos típicos se identifica con el propio **esquema negocial** (*sentencias de 27 de febrero de 1945, 26 de junio de 1946, 14 de marzo de 1958, 13 de abril de 1970*, etc.) y en los atípicos, con el **esquema** que las partes han establecido, de acuerdo con el reconocimiento por el ordenamiento de la autonomía contractual.

(49) *Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español*, IV, Madrid, 1869, pp. 44-45.

Si las instancias políticas comunitarias adoptaran el **Anteproyecto** de la Academia de Pavia, aunque no se modificara el Código civil español, ni ninguno de los demás Códigos civiles europeos que mantienen la **causa** como requisito del contrato, ya no podría entenderse en el sentido que lo viene haciendo, pacientemente y aun en contra de su propio criterio, en el mejor de los casos, o de una manera mecánica, la doctrina y la jurisprudencia, sino, única y exclusivamente, en el que acabamos de exponer. Desaparecerían, con ello, si no todos los excesos del subjetivismo, muchos de ellos, como algunos de los derivados de la valoración de la licitud o ilicitud, los abusos de la simulación relativa, y hasta el pretender hacer valer como **abstractas** atribuciones patrimoniales que no pueden ser más que **causales**, en el sentido de la “*causa traditionis*”, en el que la causa, no ya del contrato, ni tampoco necesariamente de la obligación, juega como **título** (=contrato) de la adquisición o transmisión, pues ya no se podría deformar, por un exceso de consensualismo, la vieja idea de la “*causa finalis*” (50). Por eso, es de alabar la nueva fórmula legal que propone la Comisión General de Codificación, Sección de lo Civil, en su revisión del Libro IV del Código civil, al establecer en el nuevo artículo 1.235-1 que: “*El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde a su verdadera causa o conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes al contratar, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo adoptado por las partes*” (apartado aprobado en la sesión de 5 de mayo de 2000). Fórmula esta que se compagina bastante bien con el concepto de causa que propugnamos, al menos en lo esencial y sin tener que entrar ahora en otros detalles que aquí no interesan.

4. Una referencia al Derecho romano como punto final

El concepto de causa que defendemos no es ajeno a la concepción del Derecho romano. Como decía B. BIONDI, “en los contratos típicamente reconocidos por la ley, el concepto de causa no surge como función conceptualmente separable del acto, ya que la causa se halla inmersa en el contrato mismo. Aquello que denota la tipicidad es propio de la

(50) Después de la “reforma del Derecho de familia” estando de acuerdo los cónyuges, en régimen de gananciales, pueden dar a un bien o a un conjunto de bienes que adquieran a título oneroso, carácter ganancial o privativo, a pesar de que el art. 1.355-1.º se refiere sólo al primero, pues el fundamento último de esta facultad viene reconocido en el art. 1.323, que permite la transmisión, por cualquier título, entre cónyuges, de bienes y derechos, pero, en cualquier caso, deben expresar el **título** o **causa** por el que tiene lugar la adquisición (resoluciones de la DGRN de 30 de marzo y 14 de abril de 1989, 21 de enero de 1991, 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993 y 28 de mayo de 1996, entre otras y sentencia de 8 de marzo de 1996).

causa" (51). Esto resulta, sin lugar a dudas, de los textos romanos, también respecto de los que utilizó el propio J. DOMAT, cuando habla de los contratos onerosos: D.2,14,7 ("*pacta*"); D.12,1,1 (contratos reales); D.12,7,1 ("*condictio sine causa*"); D.19,5,5 (contratos innominados) y D.50,16,19 (en el que se distingue acto de contrato). Probablemente, podía haber usado algunos más, como los relativos a la "*stipulatio*" y a la "*exceptio doli*", porque como es sabido es a propósito de la "*stipulatio*" y de las diversas manifestaciones frente al "enriquecimiento sin causa" donde se encuentra la más completa doctrina de la **causa** en el Derecho romano.

De todos modos, como dice G. HANARD, la palabra **causa** "designa el proceso, una vez que la situación jurídica queda sometida a la instancia de la *iurisdictio*: antes de que una acción o cualquier otro medio de procedimiento sean acordados, el pretor y los jurisconsultos de su consejo deberán caracterizar esta **causa** según uno de los dos modos siguientes: 1) definiéndola por un *nomem*, es decir, aproximándola a una de las figuras establecidas por el Derecho civil o por el Edicto; 2) cualificándola con la ayuda de los criterios del *bonum et aequum*, del *iustum* o del *iniustum*, según que ellos quieran o no hacerla salir de la órbita de una regla para investirla de un valor o de una cualidad jurídica que permita fundar una solución dimanante del Edicto Perpetuo". De todos modos, a diferencia de los modernos, los romanos no se preguntaban si el acto tenía una causa, sino más bien si el acto **era una causa** susceptible de protección jurídica (52) o que de ella nacieran efectos jurídicos, como en la expresión de GAYO, "*ex variis causarum figuris*" (D.44,7,1, pr.), donde **contrato** y **causa** se encuentran en un mismo plano.

No olvidemos que estamos pasando, por lo que las palabras significan, del "*contrahere obligationem*" al contrato, de un concepto sociológico de **contrato** a un concepto jurídico, en lo que jugó un papel muy importante la "buena fe contractual" a través de los "*bona fidei iudicia*", para alcanzar la **contractualización** de los negocios obligatorios, siendo en ello decisiva la obra de GAYO, según aparece en diversos pasajes de su **Instituta**, aunque tiene un punto de partida muy anterior, en el terreno de los que después se llamarán "contratos consensuales", de donde procede el estímulo para la formación de una **idea** de contrato, como muestra un texto de LABEÓN, citado por ULPIANO, acudiendo a una palabra que no existía en latín, para expresar la idea de **bilateralidad** y que es tomada del griego: "*contratum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci «**sinallagma**» vocant veluti emtionem, venditionem...*", etc. (D.50,16,19).

(51) *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 345.

(52) *Op. y loc. cit.*, pp. 111 y ss.

Pero no todo supuesto de "*contrahere obligationem*" equivale a contrato (GAYO,3,91), pues el que recibe el **pago de lo indebido** está obligado a devolverlo, aunque sea incapaz. Pero volviendo a la **causa** es indudable que esta construcción del concepto de **contractus**, se sigue identificando con la relación jurídica, con el "*nomen*": lo mismo en el título "*De verborum significatione*", que en el título "*De pactis*", o "*De condictione sine causa*", a diferencia de lo que, según la doctrina antes citada, va a suceder en el origen de la tradición del **Common law**, donde el juego de los **innominados** da lugar al origen de la **consideration**. Por eso, es interesante terminar con la lectura de un texto de ULPIANO (D.2,14,7, pr., 1 y 2) que transcribimos, conforme a la traducción de GARCÍA DEL CORRAL, que no se refiere sólo a los contratos innominados, sino también a los "*pacta*", como vamos a ver.

ULPIANO, *Comentario al Edicto*, Libro IV: "Algunas convenciones de Derecho de gentes producen acciones; otras, excepciones:

Las que producen acciones, no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito y los demás contratos semejantes.

Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y **subsistiere**, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación, por ejemplo te di una cosa para que me dieras otra; di para que hagas algo, esto es **synalagma** y de ahí nace una obligación civil y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauricio en esto; te di a Stico para que manumitieras a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el Pretor la acción del hecho; aquel dice que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la **praescriptis verbis**; pues to que hay un contrato que Aristón llama **synalagma**, de donde nace esta acción".

Civil

Notario que da fe del conocimiento personal del compareciente que suplantaba al auténtico presentando DNI falso.

Responsabilidad civil de notario por negligencia profesional.

Sentencia de 5-2-2000 (Sala 1.ª) núm. 75/2000.

Ponente: D. A. V. R.

En la Villa de Madrid, a cinco de febrero de dos mil.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados identificados al margen, el recurso de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Barcelona –Sección Quince–, en fecha 20 de enero de 1995, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía, sobre responsabilidad civil profesional de notario (escritura de poder falsa), tramitados en el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número veinticuatro, cuyo recurso **fue interpuesto por don J. V. V., que al haber fallecido, fue sustituido por sus sucesores, sus hijos, don J. J., doña M.ª D., doña M.ª P., don G., doña M.ª L., don C. y don P. V. G.-B.** representados por el procurador de los Tribunales don E. M. P., en el que **es parte recurrida la entidad “Pastor Skandik Leasing, SA”**, a la que representó el procurador don C. F. B.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia 24 de Barcelona tramitó el juicio declarativo de menor cuantía número 158/1990, que promovió la demanda de la entidad “Pastor Skandic Leasing, SA”, en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: “Se digne dictar en su día sentencia en la que alternativamente: a) Declare que «Pastor Skandic Leasing, SA» es única y legítima propietaria de las fincas que adquirió de don R. G. R. en virtud de escritura otor-

gada ante el notario de Barcelona, don J. L. C., en 15 de septiembre de 1988 (descri tas en el hecho 3.º de este escrito), condenando al demandado don R. G. R. a estar y pasar por esta declaración, y declarando, asimismo, la validez de la escritura de arrendamiento financiero o, b) Declare la nulidad de las referidas escrituras al haber sido otorgadas en virtud del apoderamiento nulo otorgado en nombre de don R. G. R. a favor de don J. G. R. ante el notario don J. V. V., en 8 de septiembre de 1988, condenando en tal caso al demandado don J. V. V. como autor de una negligencia profesional, a pagar a «Pastor Scandic Leasing, SA» los daños y perjuicios ocasionados en la cantidad líquida de 67.044.384 pesetas más los gastos e impuestos que sean necesarios para restablecer la propiedad comentada a su situación original. Por último, se condene al pago de las costas de la presente litis al demandado cuyas pretensiones fueren rechazadas, caso de no allanarse a la presente demanda antes de contestarla».

SEGUNDO. El demandado don J. V. V. se personó en el pleito y llevó a cabo contestación a la demanda, oponiéndose a la misma en base a las razones fácticas y jurídicas que alegó y terminó por suplicar: «Se sirva dictar sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la adversa, por su temeridad y mala fe».

TERCERO. El codemandado don R. G. R. también efectuó personamiento procesal, contestando con oposición a la demanda, por lo que suplicó: «Dictar en su día sentencia en la que se declare la nulidad de las escrituras otorgadas ante el notario de Barcelona, don J. L. C., en 15 de septiembre de 1988, protocolos números 2382 y 2383, descri tas en el hecho 3.º de la demanda, así como la escritura de rectificación otorgada ante el mismo notario en fecha 23 de enero de 1989, número de protocolo 206, condenando solidariamente a «Pastor Skandic Leasing, SA» y a don J. V. V. a pagar daños y perjuicios a don R. G. R. por la cantidad de diez millones de ptas., así como los gastos e impuestos que se devenguen para restablecer la propiedad comentada a su situación original».

CUARTO. Unidas las pruebas practicadas y que fueron declaradas admitidas, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 24 de Barcelona dictó Sentencia el 16 de marzo de 1993, cuyo fallo literalmente dice:

«Estimo parcialmente la demanda formulada por «Pastor Skandic Leasing, SA» representada por el procurador señor M. B. contra don R. G. R. representado por el procurador señor G. R. y don J. V. V. representado por el procurador señor R. C. y en su consecuencia declaro: **Primero.**-Decreto la nulidad de las escrituras de compraventa y arrendamiento financiero de fecha 15 de septiembre de 1988 representado supuestamente por su hermano don J. G. R. ante el notario de esta ciudad don J. L. C. bajo los números 2382 y 2383 de su protocolo y en su consecuencia queda sin efecto jurídico alguno el contrato de arrendamiento financiero entre ellos suscritos así como la enajenación en favor de «Pastor Skandic» de la vivienda propiedad de don R. G. R. en el número..., piso..., puerta... de la casa núm. ... de la calle Lázaro Cárdenas de esta ciudad así como las

partes indivisas sobre el local comercial dedicado a garaje, local Club, en la planta baja de la casa núm. ..., local club de la planta baja de la casa núm. ... y porción de terreno destinado a zona verde que en extenso se describen en el antecedente fáctico primero de esta Resolución. **Segundo.**-Estimo parcialmente la pretensión deducida por la actora «Pastor Skandic Leasing, SA» contra el demandado el notario don J. V. V. por negligencia profesional y en consecuencia condeno a dicho demandado don J. V. V. a que haga pronto y puntual pago a la actora de la suma de 30.000.000 de ptas. más los intereses legales desde fecha e interposición judicial así como los gastos que se le originen para proceder a la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad y demás complementarias hasta que quede sin efecto el contrato de arrendamiento financiero en su día suscrito y que se determinarán en ejecución de sentencia, debiendo deducirse de tales gastos las cantidades que en su día fueron satisfechas por el fallecido don J. G. R., absolviéndose del resto de las pretensiones contra él formulada por importe principal de 67.044.384 ptas. intereses y demás gastos. **Tercero.**-Desestimo la demanda reconventional formulada por el codemandado don R. G. R. contra los otros litigantes a fin y efecto de ser indemnizado en la suma de 10.000.000 de ptas. como consecuencia de daños morales por desprestigio de su honorabilidad, estimando su excepción de que se decrete la nulidad de la transmisión operada sobre el piso de su propiedad al que antes se ha hecho referencia efectuada por su fallecido hermano don J. G. R. en favor de «Pastor Skandic» debiendo procederse a las oportunas cancelaciones registrales. **Cuarto.**-Declaro que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes si las hubiere por mitad. Notifíquese esta Sentencia a los procuradores comparecidos enterándoles que la misma no es firme ya que contra ella pueden formular recurso de apelación en término de quinto día siguiente a su notificación e interponer ante este Juzgado y sustancias por la Audiencia Provincial de Barcelona. Llévase la presente al libro de sentencia quedando testimoniadas las actuaciones y tómense oportunas notas en los libros registro de este órgano judicial”.

QUINTO. La referida Sentencia fue recurrida por el demandado don J. V. V., que planteó apelación para ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que tramitó el rollo de alzada (Sección Quince) número 689/1993, pronunciando Sentencia con fecha 20 de enero de 1995, con la siguiente parte dispositiva,

FALLAMOS:

“Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don J. V. V., contra la Sentencia dictada en fecha 16 de marzo de 1993 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de los de Barcelona, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de las costas a la parte recurrente”.

SEXTO. El procurador de los Tribunales don E. M. P., en nombre y representación de don J. V. V., al que sustituyeron al haber fallecido, sus hijos don J. J., doña M.^a D., doña M.^a P., don G., doña M.^a L., don C. y don P. V. G.-B., for-

malizó recurso de casación ante esta Sala contra la Sentencia del grado de apelación, que integró con los siguientes motivos:

Uno: Violación de la Jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo necesario.

Dos: Al amparo del número tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de su precepto 359 (incongruencia).

Tres: Violación del artículo 1902 del Código Civil, en relación al párrafo último del artículo 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en la redacción dada por la Ley de 18 de diciembre de 1946.

Cuatro: Infracción del artículo 1105 del Código Civil.

Cinco: Violación del artículo 1968.2.º del Código Civil.

Los motivos uno, tres, cuatro y cinco se residencian en el número cuarto del precepto procesal 1692.

SÉPTIMO. La parte recurrida presentó escrito a medio del cual impugnó la casación planteada.

OCTAVO.—La votación y fallo del recurso tuvo lugar el pasado día veintinueve de enero del año dos mil.

Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. A. V. R.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el primer motivo se alega, por el cauce procesal del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, violación de la doctrina jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo, lo que no es correcto, ya que su aportación casacional debe hacerse al amparo del número tercero del precepto citado (SS. de 5-3-1991, 25-2-1992, 7-1-1992 y 30-1-1993, entre otras muy numerosas).

No obstante, estimamos que procede dar respuesta al alegato, que viene a consistir en que no se integró en el pleito, como parte demandada, a don J. G. R., que, al haber fallecido, correspondería a sus legítimos herederos, como sucesores procesales.

Los hechos probados ponen de manifiesto que el referido don J. G. R. suplantó la personalidad de su hermano don R. G. R. (demandado y no recurrente casacional), en los poderes a su favor, de 17 de agosto de 1988 (que resultó insuficiente) y de 8 de septiembre de 1988, ambos otorgados ante el notario don J. V. V., permitiendo este último apoderamiento, no obstante haber resultado falso, celebrar con la compañía actora, “Pastor Skandic Leasing, SA”, escritura de compraventa a su favor de determinados bienes inmuebles de la propiedad del referido don R. G. R. y también escritura de arrendamiento financiero sobre los bienes enajenados —documentos notariales de 15 de septiembre de 1988—, habiendo percibido para sí el fallecido don J. G. R. el importe del precio de la venta, que ascendió a treinta millones de pesetas.

Entre otras acciones, se exigió al recurrente responsabilidad profesional por su actuación en el otorgamiento del apoderamiento decisivo de 8 de septiembre de 1988, al no haberse cerciorado de la personalidad de quien figuraba como otorgante. De este modo la excepción alegada resulta inconsistente, al referirse a la reclamación indemnizatoria por actuación exclusivamente imputable al notario, no obstante la coadyuvancia que pudiera corresponder al referido don J. G. R., que actúa sólo como iniciativa que provocó la falsedad, pero no su realización efectiva material, la que entraba en las competencias funcionales del notario, como depositario y ejerciente de la fe pública notarial, respecto a la cual resulta totalmente ajeno dicho don J. G. R.

Ha de tenerse también en cuenta que la situación de litisconsorcio pasivo necesario no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieran resultar obligadas (Sentencias de 10-3-1989, 8-2 y 21-4-1992, 22-11-1993 y 30-11-1995, entre otras).

SEGUNDO. Se ataca la Sentencia recurrida, por infracción del precepto procesal 359 (motivo segundo), toda vez que se acusa incongruencia "infra petita", por omitir todo pronunciamiento sobre el contrato de mandato otorgado en la escritura pública de apoderamiento de 8 de septiembre de 1988.

La incongruencia denunciada opera por omisión de pronunciamientos respecto a las acciones o excepciones ejercitadas en el pleito, teniendo por tanto como límite la congruencia de las sentencias la causa de pedir alegada en el juicio. Si no se respetan y se sustituyen las cuestiones planteadas por otras, es cuanto se instaura situación de incongruencia decisoria (Sentencias de 29-9-1989, 20-7-1990 y 1-10-1992), lo que aquí no sucede por el hecho de que el fallo no hubiera decretado literalmente la nulidad del poder controvertido, ya que la fundamentación jurídica lo reputó falso, al tratarse de suplantación de la personalidad del otorgante y, por tanto, nulo y plenamente ineficaz, lo que actúa dentro del ámbito de la acción ejercitada de nulidad y como presupuesto necesario para decidir la invalidez de las escrituras de compraventa y arrendamiento financiero que se otorgaron con base a dicho apoderamiento inexistente.

La falta de trascendencia al fallo de la nulidad mandataria dicha resulta justificada al no haberse incluido en las peticiones que contiene el suplico de la demanda, por lo que no se ha producido modificación de la causa de pedir (SS. de 1-2-1989, 2-2-1996 y 30-3-1996). Dicha decisión la han tenido que pronunciar los jueces de la instancia como consecuencia del resultado probatorio, por su relación íntima y conexas con la cuestión planteada en la demanda y que fue debatida contradictoriamente en el proceso.

La Sentencia de 30 de abril de 1991 dice que la declaración de nulidad absoluta que actúa como presupuesto necesario para la estimación de la pretensión ejercitada, no constituye incongruencia, pues se trata de cuestión complementaria, substancialmente integrada en el objeto del debate procesal y en lo suplicado en la demanda (Sentencias de 5-2 y 12-3-1990 y 5-2-1996).

El motivo se desestima.

TERCERO. En este motivo se denuncian infringidos los artículos 1902 del Código Civil y párrafo último del artículo 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en la redacción dada por la Ley de 18 de diciembre de 1946, para postular casacionalmente la total exención de responsabilidad a cargo del notario por los hechos de autos.

Los notarios, sin perjuicio de la actividad profesional de asesorar y ofrecer los medios jurídicos más adecuados para quienes soliciten sus servicios, puedan llevar a cabo contratos y actos jurídicos lícitos y válidos (artículo primero del Reglamento), *lo que contribuye decididamente a su prestigio*, sin embargo la actuación más importante es la dación de fe conforme a las Leyes, que lleva consigo la función documentadora, conforme al artículo uno de la Ley del Notariado. El correcto ejercicio de la fe notarial de conocimiento por atribución legal directa, resulta trascendental al quedar fijados con certeza los sujetos intervinientes en el acto y máxime en una sociedad como la actual, en la que la complejidad y proliferación de actuaciones jurídicas resulta notoria, por lo que se hace más exigente la cuestión de la responsabilidad en que estos funcionarios pueden incurrir, la que puede derivar tanto por actuaciones que cabe enmarcar en las relaciones contractuales, como en las extracontractuales o incluso concurriendo ambas (Sentencia de 19-6-1984).

En el caso que nos ocupa, la actora del pleito imputa conducta negligente profesional que no procede de relación contractual alguna, sino que opera al *margen de ella, como actuación propia de derecho instrumental*, encuadrada en el ámbito de la responsabilidad aquiliana que prevé el artículo 1902 del Código Civil.

La Sentencia recurrida, que aceptó y confirmó la del Juzgado, vino a declarar la responsabilidad civil del notario por consecuencia de su intervención y dación de fe en la escritura de poder de 8 de septiembre de 1988, para lo que atendió a la valoración de los hechos que se reputan probados acreditativos del otorgamiento de un poder anterior (de fecha 17 de agosto de 1988), en que también figura apoderado el fallecido don J. G. R., que suplantó a quien debía ser el auténtico poderdante, su hermano don R. G. R. De este modo el referido don J. vino a dispensar poder asimismo posteriormente, a los pocos días, procedió a otorgar el poder decisivo (8 de septiembre de 1988), con contenido general, que, como el anterior, carecía de mandato expreso del verdadero principal, ya que *las firmas resultaron falsificadas y en este momento es cuando procede entrar a considerar la intervención del fedatario, al documentar los poderes que se dice otorgados a su presencia y bajo el amparo de la fe pública que le correspondía en razón a la función desempeñada y, consecuentemente, decidir sobre su responsabilidad.*

La realidad demostrada de los hechos, también la integra el dato de que el poder de 8 de septiembre de 1988 resulta afectado de inexacta identificación del poderdante auténtico en cuanto a su conocimiento por el notario (se hace constar literalmente en el documento público: "Firma conmigo el notario, que conozco al compareciente") y se produce y deriva del poder anterior de 17 de agosto de 1988 en que se incluye la expresión: "De conocer al compareciente... doy fe", es decir que en el segundo poder se vino a aceptar y dar por suficiente el cono-

cimiento de don R. G. R., suplantado por su hermano don J., quien fue el que efectivamente concurrió a la notaría, pero sin que respondiera el conocimiento del que se da fe, a efectivo y directo a cargo del notario, equivalente a haber practicado identificación precisa y certera, es decir aseguradora como previene el artículo 23 de la Ley del Notariado, pues se aceptó sin llevar a cabo las comprobaciones precisas, con conocimiento arrastrado que era equivocado por falso.

La Sentencia recurrida decreta que era carga probatoria del notario, que no cumplió, demostrar que su comportamiento funcional estaba ajustado a la previsión normativa. La única probanza es su propia manifestación, carente de reflejo en la escritura pública.

En todo caso, se da ausencia de constatación respecto a que la identificación del otorgante lo fuera en la forma establecida por la legislación notarial, con lo que se sienta probado que resultó viciado el resultado identificatorio del otorgante del poder, y todo ello impone al fedatario las consecuencias de la falta de prueba de su correcto actuar profesional.

Argumenta el motivo que no hubo transgresión del artículo 23 de la Ley del Notariado ni del 187 y siguientes de su Reglamento, pues se indujo a error al presentarse documento nacional de identidad que no era auténtico y facilitaba la sustitución de la personalidad de don R. G. R., documento que no figura en los autos. La identificación mediante la presentación del referido documento la reputa el que recurre suficiente. A tales efectos el artículo 23 de la Ley del Notariado establece como básico el conocimiento directo por el notario de las personas que recaban sus servicios y también medios supletorios de identificación a los que se puede acudir a falta de dicho conocimiento personal, que son los que fija el precepto, entre ellos [apartado c)] el documento de identidad con fotografía y firma.

El notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios complementarios legales, y de este modo no se le exime de ponderar y valorar en cada actuación todos los elementos identificadores que puedan tenerse en cuenta, lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional y dar por buena una identificación posterior en base a otra anterior, como aquí ha sucedido, cuando aquella no responde a conocimiento directo y si emplea los medios supletorios lo es bajo su responsabilidad. Cuando sucede que es inducido a error sobre la personalidad de los otorgantes por su actuación maliciosa propia o de otros, lo que no incurre es en responsabilidad criminal, ya que sólo se le exigirá cuando hubiera actuado con dolo, pero no está exento de la civil correspondiente (artículo 146 del Reglamento Notarial), en este caso, de naturaleza extracontractual, generada por una actuación profesional negligente en atención a lo que queda estudiado, pues no se agotó debidamente el proceso identificado, al aceptar la errónea que ya se había instaurado. Con este modo de actuar el fedatario no procedió con la diligencia exigible en términos de normalidad para garantizar la identidad del otorgante y evitar las posibles suplantaciones de personalidad que impone extremar el celo en llevar a cabo cuantas comprobaciones autorizadas sean necesarias y así ha tenido ocasión de declararlo recientemente esta Sala en un caso con coincidencias como el que nos ocupa -Sentencia de dos de diciembre de 1998-, que contem-

pla la omisión de la identificación en forma, la que, al menos, propició la suplantación que, como acto ilícito instrumental, facilitó el otorgamiento, en este supuesto de la escritura de compraventa y leasing que se anulan, no habiéndose producido interrupción alguna en el “iter” que condujo al resultado por acto u omisión extraña.

El motivo se desestima, no obstante la destacada exposición doctrinal que contiene, que acredita un estudio muy cuidadoso y atento de la cuestión y asimismo no escapa a esta Sala considerar las habilidades de que están dotados ciertos estafadores expertos para engañar y a las que no se sustraen los notarios, por no resultar totalmente blindada su función (sería muy positivo que así lo fuera), y pueden ser vulnerables a las maquinaciones suplantadoras con el fin de celebrar negocios lícitos en apariencia. Por eso la trascendencia de su dación pública, ante el riesgo mayor que presenta la sociedad de hoy donde tiene más cobijo la mala fe que la buena fe, alerta e impone a los fedatarios públicos extremar su celo identificador con el empleo intenso y hasta exhaustivas de medidas de comprobación que las normas legales les facilita y evitar la proliferación de situaciones como la presente.

CUARTO. El cuarto motivo contiene denuncia de violación del artículo 1105, a fin de sostener, y con ello justificar la actuación del recurrente, de que ha de apreciarse inevitable e imprevisible error identificador padecido.

Lo que se deja expuesto conduce al rechazo del motivo, ya que no se trata precisamente de supuesto no susceptible de previsión o que resultase inevitablemente impuesto, y a fin de eludirlo se reformó el artículo 23 de la Ley del Notariado.

Conforme a lo que se deja dicho también resultaba evitable, con aplicación intensa y atenta de las medidas de comprobación de la personalidad al alcance del notario, que no probó y le correspondía llevar a cabo en los autos.

Sentado su actuar profesional negligente no cabe alegar infracción del artículo 1105, ya que la diligencia requerida no fue debidamente atendida y cumplida.

QUINTO. En el último motivo (quinto) se alega que la acción se halla prescrita, por lo que se infringió el artículo 1968.2 del Código Civil, que otorga el plazo de un año de vigencia, en relación al 1969, a efectos del cómputo del plazo de su ejercicio.

Aunque la excepción la refiere el escrito de contestación a la demanda, la Sentencia que se combate no la estudia y sí la del Juzgado que la rechazó.

Evidentemente la acción que ejercita la parte actora no nació hasta que se tuvo conocimiento cabal y completo de que el poder estaba invalidado por ser falso y esto ocurrió a medio del requerimiento notarial que practicó don R. G. R. en fecha 10 de febrero de 1989, para comunicar que en ningún momento había otorgado poderes para posibilitar la venta de sus propiedades “y mucho menos a un tal J. G. R.”, contra el que presentó denuncia penal el 9 de febrero del referido año. Sin perjuicio de que la acción se mantiene en tanto no se resuelva definitivamente el proceso penal promovido, la demanda que creó el pleito fue presentada en fecha 7 de febrero de 1990, y por lo tanto se hallaba plenamente vigente.

El motivo se desestima.

SEXTO. Las costas del presente recurso están sometidas a lo dispuesto en el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hace imposición de las mismas a la parte recurrente cuando su recurso no prospera, la que además perderá el depósito que constituyó.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos de declarar y así lo declaramos no haber lugar al presente recurso de casación que formalizó don J. V. V. y, al haber fallecido, fue sostenido por sus hijos don J. J., doña M.^a D., doña M.^a P., don G., doña M.^a L., don C. y don P. V. G.-B., contra la Sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Barcelona –Sección Quince–, en fecha veinte de enero de 1995, en el proceso al que el recurso se refiere.

Se imponen a dicho recurrente las costas de casación y se decreta la pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino que legalmente le corresponde.

Líbrese la correspondiente certificación de la presente Resolución y remítase junto con los autos y rollo a la expresada Audiencia, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la **Colección Legislativa** pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. I. S. G. C.- A. V. R.- R. G. V.- Firmado y rubricado.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. A. V. R., ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

La Sentencia de 5-2-2000 contempla un caso de responsabilidad civil del notario autorizante de unas escrituras otorgadas por un supuesto vendedor que actúa con poderes falsos y del cual afirma el notario conocerle.

El pleito lo plantea la compradora de las fincas y demanda al notario autorizante y al titular dominical de las fincas (no demandó a los herederos del suplantador ya fallecido), instando en el suplico de la demanda una decisión alternativa entre la declaración de que la actora es la única y legítima propietaria de las fincas objeto de la compraventa y valida una escritura de arrendamiento financiero o la declaración de nulidad de las

escrituras por haber sido otorgadas con apoderamiento nulo, y la condena al notario demandado al pago de 67.044.384 pesetas, más los gastos e impuestos necesarios para restablecer la situación original de las fincas.

El demandado notario pidió la desestimación de la demanda y el codemandado propietario instó la nulidad de las escrituras y la condena solidaria del notario y la sociedad demandante al pago de diez millones de pesetas como consecuencia de daños morales.

Tras la sentencia estimatoria en parte de la demanda, en primera instancia la Audiencia desestimó la apelación y la decisión del pleito quedó en los términos que constan en el antecedente de hecho número cuarto.

La casación se funda en cinco motivos, los dos primeros de carácter procesal y los tres restantes por infracción de ley de carácter sustantivo.

El motivo primero suscita la concurrencia en el caso de litisconsorcio pasivo necesario, esto es, la exigencia de estar presente en el pleito alguien que no ha sido llamado y sobre el cual recaerán forzosamente los efectos de la sentencia originando su indefensión. Estos efectos surgen por la relación del sujeto no llamado con la relación jurídico material objeto del pleito.

El Tribunal Supremo rechaza este motivo por diversas razones. Porque la acción ejercitada tiene como fundamento la responsabilidad civil extracontractual contraída por el notario, por el hecho de no haberse cerciorado de la identidad del otorgante; cuestión que entra en el ámbito de la función notarial. Y en todo caso porque si se tiene en cuenta la coautoría del no demandado, de ello surge su vínculo de solidaridad, según reiterada jurisprudencia que la Sentencia cita. Y la solidaridad permite demandar a cualquiera de los unidos por este vínculo.

El motivo segundo, también de carácter procesal, pretende la casación de la Sentencia porque en ella no se contiene ni petición ni declaración expresa en la parte dispositiva de la nulidad del poder utilizado por el suplantador.

Efectivamente, ni la demanda ni la sentencia contienen en su suplico y parte dispositiva petición de la declaración de nulidad del poder. Pero ello es innecesario porque la nulidad del poder, de carácter absoluto, dada la falsedad de su contenido, es un hecho que alegado y probado ha generado la estimación de la acción de nulidad de los contratos autorizados y en consecuencia no se da incongruencia de la sentencia *infra petita*.

El suplico de la demanda pedía que “se declare la nulidad de las escrituras al haber sido otorgadas en virtud de apoderamiento nulo...” y esta petición es la de nulidad aunque se funde en el apoderamiento nulo y se refiera a éste en la redacción de la petición.

La decisión lleva implícita la nulidad del poder.

El motivo tercero acusa a la Sentencia de violación del artículo 1.902

y a su amparo pide el recurrente la total exención de responsabilidad del notario.

El contenido del fundamento jurídico que desestima el motivo merece ser leído directamente de la Sentencia bastando resaltar que en ello se proclama la importancia de la dación de fe notarial, actuación de carácter contractual con la que pueden concurrir omisión de diligencia y por ello responsabilidades extracontractual y contractual declaradas compatibles por la jurisprudencia.

Declara negligente la actuación del notario por identificar al otorgante vendedor haciendo constar “firma conmigo el notario que conozco al compareciente”. No cumple así con el artículo 23 de la Ley del Notariado. Da por buena una identificación anterior y en ella se basa para autorizar la escritura cuya falsedad se declara, y estimula a los notarios a “extremar su celo identificador con empleo intenso y hasta exhaustivas medidas de comprobación...”.

El motivo cuarto no acepta la infracción del artículo 1.105 del C. civil puesto que el Tribunal declara que el supuesto es susceptible de previsión y evitable. Declarado además el hecho de su actuar negligente no cabe apreciar infracción del artículo 1.105.

La declaración del Tribunal de la existencia de actuar negligente, es determinante de la aplicación del 1.902 cuyos tres elementos, acción u omisión, daño efectivo y relación de causa a efecto tienen carácter fáctico y corresponde al Tribunal de instancia apreciarlos.

El actuar negligente, además de tener la consideración de hecho, es un concepto jurídico que surge de la valoración de los datos derivados de las pruebas practicadas en el juicio. Es posible que la conclusión obtenida de esos datos pueda ser absurda, ilógica o contradictoria con los mismos datos y en tal caso susceptible de plantear en casación al amparo del artículo 1.902 o del 1.105, si la previsibilidad fuere prácticamente imposible.

(No es este el momento de entrar en el estudio de las diferentes hipótesis planteadas ante las falsedades producidas en el otorgamiento de escrituras, pero lo que no admite duda es que no cabe extender la responsabilidad objetiva al notario que intervenga en una escritura que resulte falsa).

Que la acción ejecutada no había prescrito, es evidente; aunque el plazo aplicable es de un año, la acción no vence hasta que puede ser ejercitada, lo que equivale a tener cabal conocimiento de los hechos y éste no se tiene en el caso de autos desde el día del otorgamiento, sino desde el que el suplantado, *versus dominus* del objeto de la venta requiere a la “compradora” según la escritura comunicándole la inexistencia del poder.

No se infringen así los artículos 1.968-2 y 1.969.

“Le rôle de la volonté dans les actes juridiques”. Études offerts à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruylant (Bruxelles, 2000), 935 páginas.

Francia es deudora a comparatistas tales como RIEG, TUNC o TALLON, el haber mantenido, enhiesto y a la cabeza de los países europeos, el estandarte del Derecho comparado durante la segunda mitad del siglo xx. ALFRED RIEG es ejemplo modélico de una vocación universitaria servida con pasión exclusivamente en su Alsacia amada, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Estrasburgo –esa histórica ciudad, avanzadilla, entre otras cosas, del entendimiento jurídico francoalemán–; luego, Director de su Instituto de Derecho Comparado y, sobre todo, Decano de la *Faculté Internationale de Droit Comparé* (por cierto, inteligente y fecundo invento de un jurista español, FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, que empieza a ser olvidado entre los precursores), a la que anteriormente había servido como Vicedecano junto a SOLÁ CAÑIZARES y RODIÈRE; una singular institución que ha sembrado inquietudes comparatistas entre las jóvenes, y ya menos jóvenes, generaciones, primero, de Europa occidental y, en la actualidad, entre los estudiantes ávidos de occidentalismo de los antiguos países del Este.

El libro que recensiono se había concebido como libro de homenaje al jubilarse en la cátedra en 1998, pero el prof. RIEG falleció dos meses antes de la fecha prevista para su entrega, en la primavera de 1999, víctima de una penosa enfermedad frente a la que había luchado incansablemente durante quince años; de aquí que el volumen se ha convertido en Libro-homenaje a su memoria, que le han dispensado discípulos, amigos y colegas, franceses y extranjeros, en número que supera el medio centenar, y que reúne a firmas procedentes de nueve países (Alemania, Bélgica, España, Irán, Italia, Polonia, Reino Unido, USA y Suiza), además de Francia (en su mayoría de las Universidades de Estrasburgo y París).

El viejo género literario de los *Libros de Homenaje*, *Scritti in onore*, *Festschrift*, *Mélanges*, etc., se encuentra en vía de evolución, aunque, desde luego, no de extinción. Ciertamente, no son leves los problemas que ahora plantea inicialmente la financiación de una obra de este tipo, que obliga a encontrar un *sponsor*, público o privado, con presupuesto desahogado y voluntad abierta; también están cambiando las listas de los colaboradores de tales obras, pues si hace unos años bastaba con conocer el nombre del homenajeado para adivinar el de quienes habían participado,

ahora resulta que la Comisión organizadora suele designarlos previamente, con base en criterios no siempre declarados ni fáciles de descubrir; lo mismo se diga del tema que, inicialmente era libre –y también en su extensión–, ha pasado, no pocas veces, a ser fijado previamente por la Comisión bajo coordenadas más o menos rígidas. Como ilustración de lo dicho compárense, *ad exemplum*, y limitándome a civilistas, en Italia, las obras de homenaje dedicadas a VASSALLI, a la GIUFFRÉ, a SANTORO-PASARELLI o a SACCO; en Francia, las de MARTY, RODIÈRE, RAYNAUD o JAUFFRET; en Alemania, las de NIPPERDEY, BOSCH o MÜLLER-FREIENFELS; y, entre nosotros, pertenecientes a distintas épocas, los de CLEMENTE DE DIEGO, CASTÁN, BATLLE, DE CASTRO, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, LACRUZ, VALLET DE GOYTISOLO, o, últimamente, los de HERNÁNDEZ GIL.

En el presente caso la Comisión organizadora eligió, muy acertadamente a mi juicio, el tema de la declaración de voluntad o *Willenserklärung*, ya que la obra más conocida del homenajeado es, precisamente, su tesis doctoral, defendida en 1958, y publicada, con prefacio de ROGER PERROT, bajo el nombre de *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand* (París, 1961); obra que ha significado un eficaz factor de la difusión más amplia y completa de la doctrina alemana del *Rechtsgeschäft* (acte juridique) entre los civilistas galos. Esta imposición –o amable invitación– de aquélla, ha dado como fruto en este caso que 42 colaboraciones, de un total de 52 (o sea, el 82%), versen sobre el tema principal, sea específicamente sobre el negocio jurídico y su recepción en la doctrina italiana, o sobre aplicaciones concretas de aquel concepto en el ámbito familiar o sucesorio; o bien que otros colaboradores traten del negocio sin voluntad, de los vicios de ésta, del valor de la declaración, de las condiciones generales de la contratación, de la voluntad en el cumplimiento de los contratos y en la creación y extinción de relaciones familiares. También hay, sobre el mismo tema, interesantes aportaciones fuera del Derecho civil, como el mercantil, el procesal, el administrativo, el trabajo, el constitucional, el internacional privado, el comunitario y hasta del campo de la exégesis bíblica.

Después de la lectura de este volumen, me ratifico en la bondad del método seguido, pues este *modus procedendi* ha servido para confirmar el inicial acierto del autor en la elección del tema de su tesis, y, al mismo tiempo, permite constatar la conservación de su interés doctrinal a lo largo del último tercio del siglo XX, precisamente cuando en algunos países se ha empezado a poner en duda, o abandonar la figura dogmática del negocio jurídico.

Al margen del tema central destacan otras colaboraciones sobre temas diversos: por ejemplo, uno de la máxima actualidad sobre el futuro Código europeo de contratos, otro de tipo histórico sobre la influencia de POTHIER y JACQUEMINOT en la redacción del Código de Napoleón, o también de actualidad, sobre la situación jurídica de la mujer en Irán, o, por último, en relación con el arbitraje internacional.

RIEG dedicó sus investigaciones –aparte de lo que inicialmente escribió, sobre Derecho penal, pues esta disciplina se incardina en Francia en el departamento del Derecho civil–, al Derecho civil francés, especialmente al Derecho de familia, al Derecho comparado –singularmente al Derecho alemán– y al Derecho de los consumidores (1). Ello explica que, entre las aportaciones al homenaje, abunden los

(1) Como ilustración de lo dicho en el texto cabe citar las siguientes obras generales de Alfred RIEG:

Introduction au Droit allemand (Republique fédérale) (en collaboration avec M. FROMONT),

estudios sobre Derecho de familia y sobre Derecho comparado (y también sobre Derecho comparado de familia). Curiosamente no aparecen en este volumen colaboraciones sobre el Derecho comparado en sí mismo considerado, y ello pese a que el homenajeado era un comparatista de pies a cabeza, con el sustrato de una sólida formación civilista, y un conocimiento profundo del Derecho alemán. Porque RIEG (2) descendió muy pronto al terreno de las realidades cotidianas, y organizó numerosos seminarios franco-germano-suizos, alternativamente en Estrasburgo, Saarbrücken y Basilea, y también, desde 1986, cursos sobre *Juristes d'affaires franco-allemands*.

Quizá revela ello la convicción difundida entre los colaboradores de que ha pasado ya el tiempo de enfrascarse en interminables e inútiles discusiones sobre el concepto y fin de la asignatura, y que hay que lanzarse a la práctica de la comparación, comenzando por lo que tenemos más próximo (3). Como se ha escrito (4), con base en el ejemplo de RIEG, un comparatista digno de este nombre debe conocer a fondo su propio Derecho, y luego, prácticamente, al mismo nivel el de otro país; a partir de ello, surge la posibilidad de las comparaciones, primero bilaterales, y luego, más generales; el método se deduce de la naturaleza de las cosas sin dejarse seducir por las apariencias, y consiste en situar cada regla y cada solución en el contexto en que surgen, sin olvidar una visión global de los sistemas en presencia, para diferenciar el detalle de lo esencial, y lo que constituye únicamente un matiz respecto de las grandes tendencias. He aquí la lección de un gran comparatista, que no debiéramos desaprovechar.

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil

Emérito de la Universidad de Zaragoza

Magistrado jubilado

Paris, Cujas: tome I, *Les fondements* (1977); tome II, *Droit public: Droit pénal* (1989); tome III, *Droit privé* (1991).

Téchniques des régimes matrimoniaux (en collaboration avec F. LOTZ y Ph. RIEG), Paris, Litec, 3^e ed. 1993.

Entre los estudios monográficos, pueden citarse a título de ejemplo:

Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle, Arch. Phil. Droit, 13 (1968), pp. 31 y ss.

"Divorce-sanction et divorce-faillite en Droit français", en *Ann. Faculté Strasbourg*, 26 (1972), pp. 17 y ss.

"La participation aux acquêts en Allemagne et en France: deux visages d'une même institution", en *Mélanges Marty* (Toulouse, 1978), pp. 921 y ss.

"La lutte contre les clauses abusives des contrats", en *Études Rodière* (Paris, 1981), pp. 221 y ss.

"L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité?", en *Mélanges van Overbeek* (Fribourg, Suisse, 1990), pp. 473 y ss.

(2) Tomo estos datos biográficos de la nota necrológica de BISHOF "Alfred Rieg" en *RIDC* 51 (1999), pp. 661 y s.

(3) Dejando aparte estudios muy concretos, el Derecho portugués en España resulta ser el gran desconocido (quizá no tanto al revés). ¿Para cuándo la organización –o nueva organización– de unas Jornadas de estudio sobre determinadas instituciones civiles, que sirvan para darlas a conocer entre nosotros y abrir campos a la investigación conjunta?

(4) BISHOF, loc. cit., p. 662.

SEMBLANZA EN EL RECUERDO DE ERNESTO JAACKS

ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN

Notario

En una tarde noche otoñal, el seis de octubre de 1976, coincidíamos en el tren de Milán a Florencia, un señor que parecía escapado de uno de los cuadros de El Greco, que, quién sabe si para situarse en nuestra época había acomodado un atuendo de otrora al actual, sin conseguir con ello pasar desapercibido del todo, que luego de largos paseos por el andén por la larga demora en su salida, ocupábamos el mismo departamento que daba la coincidencia que durante todo el trayecto, sólo estábamos los dos, yo reclinado en la ventanilla y él en el lado opuesto medio recostado en la puerta. A poco de salir, toda la Emilia estaba inundada por el Po que pocas horas antes se había desbordado con lo que el viaje que debía alcanzar Florencia alrededor de las siete de la tarde, nos dejaba en la estación de llegada pasadas con creces las once y media de la noche. Durante el tedioso viaje hubo tiempo para todo, menos para hilvanar una conversación fluida que amenizase la obligada monotonía de una negra noche que mataba el paisaje. Pero lo más que permitía nuestro fugaz encuentro, o al menos, que como tal lo concebían nuestros propósitos, era, de vez en cuando tantear las devaluadas frases del tiempo, de cuatro fruslerías, empleando por las buenas un chapurreo en francés, en alemán y en italiano, a base de monosílabos entrelazados sin atreverme a meterme

en florituras por cuanto como signo visible para identificarlo llevaba un periódico inglés. Su porte, su distinción, sus silencios y sus modales, consolidaron mi idea inicial de la que trataba de un lord escocés, lo que contribuía a aumentar y justificar mi silencio que ni siquiera cabía el consuelo de revestir de somnolencia dado el temor de que tal situación se prorrogase quién sabe cuánto, sin otra referencia que la que en la oscuridad nocturna de cielo y tierra, sin lugar por pequeño que fuese o caserío y sin otra luz más que la mortecina de los vagones del tren, casi desprovisto de viajeros, que sólo disponíamos, al menos en lo que a mi compañero desconocido y a mí respectaba, de echar de vez en cuando unas miradas de soslayo a la brújula que significaba las horas, minutos y segundos del reloj.

Finalizado nuestro periplo –producido por el agua metida a zascandilear la tierra–, como yo prácticamente viajaba casi se puede decir que con lo puesto completado con un mediano maletín de mano, y mi enigmático compañero iba provisto de unas abultadas maletas, me sentí obligado a ayudar a situarlo sobre el andén, más por señas que por frases, hasta que oteando el horizonte y con desconuelo o indignación, dejó escapar: “Dónde se habrán metido los boludos de los mozos”. Mi respuesta fue una carcajada y un “Argentino”. A lo que él, sólo por esta expresión casi atropelladamente, ofreciéndome sus brazos, ¡Español!

Menos mal. Al menos ya éramos dos. Me preguntó dónde iba. A lo que le contesté que no lo sabía, porque las señas del hotel las tenía en el maletín, ya que desconocía totalmente Florencia y me sentía perdido. Él se brindó amablemente a acompañarme al “albergo” y cuando se disponía a que tomásemos un taxi, comprobó que estábamos hospedados en el mismo lugar, que cómodamente, porque había dejado de llover, podíamos hacer el trayecto a pie, en el cual, se refirió a mí indicando, “¿empresario?”. No. Y yo a él, “profesor”. Tampoco. Y así llegamos a la recepción en torno ya de media noche, en la que al cumplimentar los impresos, vi que ponía escribano y él advirtió que yo ponía notario. Ambos concurríamos a una reunión del Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino. Así se producía el nacimiento insólito de lo que había de ser una amistad entrañable.

Era Ernesto Mauricio Álvaro Jaacks Ballester, en el que la importancia, no radica en llamarse Ernesto como en la novela humorística sino en serlo. El arco de su existencia se iniciaba en Buenos Aires un 8 de mayo de 1911, adentrado el otoño y encontraba el cierre del paréntesis, que no su final –*quia vita mutatur sed non tollitur*– el 20 de noviembre del 2000 en los aledaños de la primavera argentina, inmediatos al verano. De su transcurso se podría muy bien decir que había cubierto las etapas y avatares que Séneca cifraba en *De brevitae vitae* (19.2) “expectat te in hoc

genere vitae multum bonarum artium, amor virtutum atque usus, cupiditatum oblivio, vivendi ac moriendi scientia, alta rerum quies”.

* * * * *

La personalidad acusadísima de Ernesto Jaacks anula su biografía. No hay una línea unitiva que marque los caracteres de una manera acorde. A las veces semejaba un personaje pirandelliano escapado de la tramoya farandulesca para campar por sus respetos sin tener que someterse a los dictados de un autor, que no tenía que aplicarse a buscar, puesto que para tal se bastaba y sobraba él mismo, abandonando a su suerte a sus cinco compañeros restantes incapacitados para seguir sus altibajos. Ocasionalmente, también, actuaba cual un enigmático Marqués de Bradomín, que se presentaba a sí mismo, sin requerir tarjeta de visita a modo de cofrade de los “*Caballeros de la Triste figura*” con su corte unamuniano, que al igual que este prototipo ostentaba “un rostro pálido y melenas en ordenado desorden, tristeza de luchador resignado a su suerte; una seriedad levantada sobre lo alegre y lo triste, que en ella se confunden, no infantil optimismo ni pesimismo senil, sino tristeza henchida de robusta resignación y simplicidad de vida”. Estirpe ésta que queda completada en la observación que apuntaba NIETZSCHE en *El Anticristo*: “es preciso no dejarse engañar: todos los grandes espíritus son escépticos por naturaleza. Las convicciones son prisiones. No ven lejos, no ven por debajo de ellas”. Porque, ciertamente, Ernesto se movía —cuando su cuerpo estaba parado era para motivar y transmitir el movimiento a su mente— en un escepticismo metódico fundamentado en el ejercicio de su libertad, que rompía con las barreras que saliéndole al paso ponían frenos a su voluntad. Quizá, esta prudencia de su sentido de la responsabilidad y del imperativo social *more teutonici*, condicionaban su comportamiento, al extremo de que su simpatía sin alcanzar a ser desbordante, ejercía una profunda seducción en el auditorio y su sonrisa tamizada por la barba que servía de cámara de resonancia a sus labios, le permitían conjurar la carcajada, que no hallaba terreno abonado en su ironía y humor.

En la misma reunión de Florencia, pese a que era la primera vez que intervenía en este género de trabajos, no quedó relegada a un plano secundario su presencia y eso que su asistencia era debida a exponer el informe de actividades de la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (ONPI), la eficacia y conveniencia de su conservación era poco menos que obligada piedra de escándalo, capitaneada por una de las personalidades más genuinas y relevantes del notariado mundial, mi querido y admirado Alessandro Guasti, prototipo de las figuras italianas del Renacimiento como un reencarnado Coluccio Salutati, que sin

rebozo alguno, tan luego como Ernesto Jaacks comenzó a hablar le cortó bruscamente: “Cosa e ONPI?”. Y ahí ni fue Troya ni los campos de Agramante. ¿Fue debate o controversia? No sé, quizá ambas cosas o tal vez ninguna de ellas. Dos poderosas mentes argumentaban y rebatían razones. Cada uno con su peculiar estilo, Ballester como decía Sandro y Guasti como refería Jaacks. Sólo sus voces fuertes, enérgicas, acompasadas aunque no armoniosas no acababan de desarmar sus posiciones iniciales, más bien, por el contrario, las fortalecían. Los demás permanecíamos en silencio, ¿cuánto tiempo? El que fuere, que a fin de cuentas sería para romper la maraña de informes plúmbeos y deshilachados, agotadora, sacándonos de esa monótona “mediocritas” para elevarnos a las cimas del pensamiento. Como Polinices y Eteocles, no muertos sino muy vivos, acabaron fundidos en un abrazo y nosotros tuvimos la oportunidad de mostrar y hacer notoria nuestra complacencia a dos seres enormemente dispares pero hermanados por su profundo amor al notariado y al derecho. Eran aquellos tiempos en que la Unión estaba ligada por lazos de amistad, pues como advertía Horacio en uno de sus *Carminum*, (III.24) “*quid leges sine moribus vanae proficiunt*” por lo que, no se hacía necesaria la burocracia que lamentablemente con posterioridad ha introducido sus reales y en cada sesión planteado un nuevo Reglamento, olvidando lo que recomendaba San Agustín, (Sermo 254.8): “*Laudemus, laudemus; sed non solum vocibus, laudemus et moribus: laudet lingua, laudet vita*”.

* * * * *

Recordar a Ernesto Jaacks Ballester es o significa infundir nuevos alientos de vida a lo que venía a constituir la niña de sus ojos, o como más cadenciosamente se dice en catalán “la nineta dels seus ulls”, la *Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional*. Casi apagados sus rescoldos, encendió su fuego con su aliento, para hacer de ella el máspreciado galardón del Notariado argentino, que singularmente sus graduados más jóvenes atraídos por el fulgor de su resplandor se agolpaban ansiosos de universalidad en torno a Ernesto Jaacks desde las primeras horas del mediodía hasta bien ganada la noche, martes tras martes en Alsina 2280 de la capital porteña, alternando y compartiendo las dependencias del Archivo General de protocolos en edificio adquirido bajo la presidencia de Jorge A. Bollini y en el que hallan cobijo y aposento, no sepultura, los documentos autorizados con más de cinco años de antigüedad. Pues bien, aquí se han adiestrado en los menesteres de investigación y proyección científica los más cumplidos representantes del Notariado argentino en el ámbito internacional, completando la formación adquirida en la Universidad Notarial de La Plata. Allí, como escribía en otra

ocasión “bajo la mirada bondadosa y enérgica de Ernesto Jaacks Balles-ter” se forjaba en los escribanos el espíritu de hermandad y de afecto, entre los miembros de una profesión que en su ejercicio tiende a la dispersión, a la separación, alternando el bullicio juvenil y la sonrisa de Lili-ana Grinberg, María Acquarone, Lidia Belmes, Flora Katz, Margarita Viscarret y la reflexión ya no tan joven de Juan Gardey y Juan Carlos Viterbori y los impulsos renovadores de José Guglietti y de Gaston Cour-tial que con devoción y entrega generosa integraban la guardia de corps del Maestro. Que la ONPI actual, no la anterior al paso por su Presi-dencia, es la obra perdurada de la actividad de Ernerto Jaacks explica que ostente con todo derecho el título de Presidente de Honor.

ONPI ha constituido también para Jaacks su mayor fuente de contra-riedades y disgustos. La Unión Internacional, por razones de su misma esencia, no es todo lo monolítica que debiera, ya que conserva demasia-do peso la herencia nacional afirmada durante siglos por los países que la integran, lo que hace que sus relaciones, en el mejor de los casos, sean las de una cordialidad desconfiada. Mientras no funcionaba o no lo hacía todo lo bien que se pretendía, era el blanco de todos los ataques y dia-tribas que ya de una manera inveterada se producían en el Consejo Per-manente: durante años este era tema insoslayable sin que tuviese que figurar en el orden del día. Sólo los argentinos lo defendían con fervor numantino. Superar este clima fue obra costosa que conllevó grandes do-sis de paciencia de Ernesto, de aguante a las críticas y de esfuerzo, al punto de constituir la actividad primordial de su laborar, relegando a un nivel secundario a su despacho. Cuando sus clientes sentían apremiante-mente la necesidad de recabar su consejo o su ministerio, en vez de acu-dir a su despacho de Reconquista 336, lo hacían directamente, para aho-rrar tiempo, a Alsina 2280.

Mientras se acumulaban las dificultades e incomprensiones, en tan-to se ponía en tela de juicio la labor desarrollada por ONPI, concebido como un enorme pulpo que expandía sus tentáculos por los diversos paí-ses de la Unión, cuyos Notariados integrantes debían acreditar sus re-presentantes que obligados a suministrar sus vicisitudes legislativas y de organización interna, con reiterada frecuencia se descuidaban de ella, y acababan por desentenderse completamente echando la culpa a las dis-tancias y al mal funcionamiento del correo; cuando no tomaban pie para cuestionar el porqué debe encontrarse establecida su sede en el confín más extremo del hemisferio austral. Males estos, que aunque lo sumían en una profunda tristeza, no contribuían a su desaliento sino que lo espo-leaban para aprestar soluciones convencido de que los malos tiempos conllevaban la multiplicación de esfuerzos. Para superarlos contaba con su fuerte carácter y sus arraigadas convicciones que eran prácticamente

casi imposibles de acomodar. Cuando había madurado una idea, le aplicaba todo el tesón de su inteligencia para convertirla en la realidad como medio operativo. A lo que le impulsaba su formación jurídica y la que poseían sus colegas argentinos basada en el método dogmático, que dejaba en nada a las disquisiciones escolásticas de sus mejores tiempos, con el riesgo de incidir en cuestiones de cuestiones, que a lo largo se traducían en luego de vueltas y revueltas retornar al punto de partida con la consiguiente pérdida de tiempo. Recuerdo a este respecto que en unas Jornadas del Cono Sur en Montevideo, después de tres días de sesión animada y movida, incluso con cierta violencia dialéctica, en torno a una ponencia acerca de si era igual el silencio profesional que el del protocolo y si aquél era sólo moral y éste jurídico, en la que se oyeron los mayores dislates, tanto el querido, admirado y recordado Gerardo Roca Couture, a quien por su juventud prometedora el propio Ernesto bautizó como Pierino Gamba, por ser como este genio musical otro análogo en el derecho, como yo, le intentamos convencer para que dada su labor de magisterio entre sus mesnadas de ONPI acabase con el dogmatismo jurídico que tanto daño y frustración estaba dispersando en los ambientes jurídicos argentinos y que ítem más servía de materia de exportación a la Universidad Notarial de La Plata, y que comportaba el que antes de empezar a trabajar había que planificar, discutir y redactar el oportuno Reglamento de funcionamiento.

Al ostentar yo un cargo en la Comisión legislativa "Pietro Micheli" menudeaban nuestros contactos epistolares y como un hombre por muy perspicaz que sea, y lo era Ernesto Jaacks, tiene una inteligencia deductiva, al proyecto remitido hoy, seguirá su autocrítica mañana, y cuando íbamos a discutirlo las imperfecciones de los tres o cuatro primeros lo dejaban en suspenso *sine die* para su reconsideración y estudio. Y vuelta a empezar. Ciertamente que yo no regatearía esfuerzos por mi parte, para dilatar su aplicación, que aceptaba a regañadientes, por cuanto el estatuto o reglamento de ONPI –por nombres que no quede– constituía para él patente de reconocimiento y consistencia, de acatamiento y perdurabilidad constatada y protegida por normas jurídicas. Mientras que a mi entender, las ordenaciones sin los hombres que las agilicen son letra muerta, de suerte que coartan la inspiración y encorsetan y comprimen los movimientos. Para un jurista significa incomparablemente más el hombre que la norma descarnada que integra el esqueleto de la juridicidad y que como tal osamenta sirve más para representar la imagen de la muerte que la de la vida.

El acatamiento sumiso de Jaacks Ballester, como formado en el dogmatismo jurídico que ha sembrado sus postulados en la América latina, y que, desafortunadamente aún campea entre sus escribanos, chocaba

con mi repulsa al mismo, lo que venía a ser un impedimento casi insoslayable para alcanzar un acuerdo. Después de más de veinte años de entrañable amistad, nunca pudimos afirmar que en su línea de principio estábamos de acuerdo, porque en realidad era patente nuestro pleno desacuerdo, al punto de alcanzar a rayar en la anécdota.

En efecto. En junio de 1982 debía pronunciar unas conferencias en Buenos Aires, cumplimentando la invitación del Presidente del Colegio de Escribanos de la Capital federal, el Dr. Jorge A. Bollini, al que solicitó con mucha insistencia Ernesto, según supe con posterioridad, hacer mi presentación. Con tal motivo, me urgió le enviase sin dilación, mi “Lebenslauf” (curriculum vitae) que por descontado no le llegó pese a reiterármelo telefónicamente, por la sencilla razón de que no se lo envié. Llegado el día de autos todo transcurrió entre parabienes y plácemes por el reencuentro con los mejores colegas y amigos hasta el momento de la presentación. Concedida la palabra a Ernesto se limitó a decir: “Este señor que hace unos momentos se me ha presentado a mí, aprovecho la oportunidad de presentarlo a ustedes con todo lo que sé de él: se llama Ángel Martínez Sarrión”. “Cualquier cosa más respecto a su actividad la ignoro, salvo aquello que ha llegado a mi conocimiento de oídas y por tanto sin garantía alguna”. Había intentado vencer con su método dogmático: faltaban los papeles.

No me cogió de sorpresa, pues lo esperaba: “Yo, en Buenos Aires no me consideraba extraño. El pasado, ya estaba escrito. No se trataba de lo hecho, sino de lo por hacer. Los papeles más o menos emborronados vienen a ser esquelas o recordatorios de unos años transcurridos ya muertos, que no se pueden recuperar, y que a las veces más que laudatorios son acusatorios. El mejor *curriculum* es el que está en blanco porque atesora el ensueño de la juventud de poderlo escribir”. Con lo que pensé que la partida de ajedrez académico quedaba en tablas.

Guardo con especial dilección en la mesa de mi despacho una fotografía recuerdo de una reunión del Consejo Permanente de la UINL en Roma. Reproduce el momento en que cumplimentábamos en el Quirinal al Presidente de la República, el profesor Leone de simpatía desbordante que agrandaba su pequeña estatura, napolitano y ordinario de Derecho Procesal en su Universidad. Más que una audiencia protocolaria semejava un reencuentro con un viejo colega de la cátedra. Con Julio Pascual Domingo y conmigo y nuestras respectivas esposas, a derecha e izquierda del Jefe del Estado, respectivamente Raul Moneta, Presidente de la Unión y Pietro Micheli, Presidente del Consejo Nacional del Notariado italiano. Y a mi lado derecho, con su desbordante personalidad, entrelazados sus dedos de la mano, con una acusada sonrisa, Ernesto Jaacks. Tres entrañables amigos que hoy sólo nos es dable a Julio y a mí, ilustrar

materialmente su recuerdo vivo con la imagen estereotipada de esta fotografía.

A la salida, Ernesto, con su locuaz ingenio, y su acrisolada experiencia me advirtió que no descuidase la foto, porque tal como se iban manifestando los derroteros del mundo, un documento gráfico como ese, podía llegar a ser un pasaporte privilegiado. Cuando unos meses después volví por otros asuntos a Roma, acordándome del consejo de Ernesto, acudí a la sede del Consejo Notarial, en vía Flaminia 160, y sin yo reparar en ello, fui obsequiado con la foto de marras, que, introduje entre mis papeles de la cartera de mano. Al aeropuerto me acompañaron el General y el Administrador de los Operarios Diocesanos en cuya casa generalicia estaba acogido. Y tan apenas pasada la policía, un oficial de carabineros, me hizo despojarme del abrigo, de la chaqueta y de todo el contenido de los bolsillos, al tiempo que revisaba uno por uno los papeles de la cartera de mano. Don Lope y don Teodosio estaban boquiabiertos, haciéndome señales, que el oficial pesquisidor, ensimismado en su cometido no reparaba en ellas. No debía de tratarse de búsqueda de drogas, porque los perros no se acercaron. De pronto, el oficial se detuvo: tenía en sus manos la fotografía que complacido no dejaba de mirar: “¡Cómo! ¿Es usted amigo del señor Presidente?”. La contestación quedaba orientada: “Por supuesto, él es profesor en Nápoles de Derecho procesal y yo lo soy de Derecho romano en Barcelona”. El monólogo bronco se tornó en diálogo cordial, se disculpó una y otra vez, y con perdón tras cuatro palabras seguidas de nuevo de perdón, me informó que es que como iba con unos curas tenía recelos de que intentase camuflar dinero en el extranjero, por lo que, me había tomado por sospechoso. Pero que la fotografía cambiaba el panorama. Que él era también no colega sino paisano del Presidente, napolitano como él, y que, aunque hacía más de un año había pedido traslado a Nápoles y no había obtenido ninguna de las vacantes producidas, que me rogaba le hiciese llegar mi valimiento por él, para lo que sobre la marcha me proveyó de una tarjeta de visita con los datos requeridos a su juicio para que yo lo recomendara, seguro de que así conseguiría el traslado añorado, pues el Presidente tenía fama de conceder gran predicamento a los amigos y más si eran extranjeros. Y como el tiempo de embarque apremiaba me acompañó hasta la escalerilla del avión y me despidió con un fuerte abrazo. De entonces a acá, siempre que he ido a Roma, ha tomado mayor consistencia la profecía de Ernesto Jaacks Ballester del pasaporte privilegiado. Ignoro si el oficial logró cubrir la vacante de Nápoles y la imputó a mis buenos oficios que, obviamente, era imposible que existieran.

* * * * *

Ernesto no gustaba hablar de su vida. Era un santuario sagrado en el que todo acceso estaba cerrado. Y lo bueno es que nadie, ni Juanito Gardey, ni Jorge Bollini que habían compartido gran parte de sus avatares, salvo las escenas en que habían intervenido, ni su corte de “escribanas” que semanalmente lo tenían como maestro, apenas si podían apuntar algún detalle concreto. Sólo en dos ocasiones, una paseando por el Barrio Gótico y Santa María del Mar en Barcelona y otra estirando las piernas por la Boca en Buenos Aires, me encasillaba su actividad, que iniciada como un pícaro cualquiera de los de la novela española se había redimido deviniendo un prototipo de hidalgo. Ni él añadió nada más, ni la confesión incitaba a preguntar. Pese a que yo sabía que su padre, alemán de casta y ejercicio, incapaz de aplicarse a un temperamento latino de tomo y lomo, acabó echándole de su casa. Y Ernesto peregrinó por las calles de la ciudad porteña, durmiendo en bancos y portales, hasta que se enroló en un barco para aprender las lecciones de la humanidad doliente en los distintos países. Camino no exento de peligros, que eran, precisamente los que añoraba y buscaba, que le daban una profunda comprensión de las flaquezas de los hombres a los que se presentaba pertrechado de un dominio de los idiomas, más que por su estudio, por una especial predilección natural para ellos, que le hacían parecer alemán, italiano, francés, inglés, portugués con su variante brasileira del portañol, amén de los prehispánicos actuales de América, con la sola excepción de que, cuando estaba en cualquier lugar de los Estados Unidos, se olvidaba de hablar inglés, para a manera de huelga de lengua caída hacer patente su disconformidad y desagrado con yanquilandia.

Ernesto era un solitario de honda, profunda vida interior en un casi constante diálogo consigo mismo: “Quien habla solo, decía el poeta, espera hablar con Dios un día”. Profesaba un humanismo cristiano al que le había llevado su espíritu inconformista, con un convencimiento forjado *a posteriori* a costa de una experiencia lograda en los más variados medios de las creaciones de la naturaleza, *quod natura omnia animalia docuit* que le hacía sentirse con análoga familiaridad que en la Avenida Santa Fe o en la calle Florida o en las Recoletas, en las selvas amazónicas, en los poblados indígenas del Iguazú o en las recónditas aguas de Angra dos Reis o en las alejadas de Bahía, sin por ello dejar de plegarse a las casi familiarmente obligadas de Mar del Plata y de Punta del Este, respecto a las que abreviaba su estancia lo más rápido que podía.

Los convencionalismos le enervaban sin fuerza suficiente para plasmar de manera apreciable su displicencia y animosidad. La argentinidad, y Ernesto la hacía compartir con su sangre en la circulación por sus venas, implica la amalgama de su patria chica, aquel terruño que le vio nacer con el sentimiento trascendente de universalidad, antes de que los

sociólogos lanzasen al mercado los “ciudadanos del mundo” que como todo producto prefabricado es a la idea de universalidad lo que la malta al café. Escribía don Jacinto Benavente que el auténtico argentino no necesitaba acogerse a la poesía, porque los atardeceres con su puesta del sol, observada desde los terrados de las casas de Buenos Aires le hacían un soñador. Y Ernesto, como hijo de la tierra, no se hubiese considerado genuino si sus ojos “espejos de los sentimientos del alma”, exclamaba Laura, un personaje de Lope de Vega en “La venganza de las mujeres”, no delatasen sus enseñanzas. Y el soñador es necesariamente inconformista consigo mismo. Por eso, la felicidad que le ofrece o que alcanza en el mundo real, es quebradiza e inestable, niebla que se disipa en el paisaje del ensueño.

La amistad entrañable lealmente profesada –al respecto suelo repetir que hay que rendir tributo a la amistad y no dudar ni temer no quebrantarla para complacer ocasionalmente al amigo– me ha deparado la oportunidad de ser testigo de excepción y privilegiado de las estampas más sencillas y recónditas de la vida que sólo un sentido acogimiento y dilección puede suministrar. En el Quindío, en la Armenia colombiana, Mario Fernández Herrera, en una recepción a un grupo de profesores y notarios vinculados a la Universidad Externado de Colombia, en la que regenta la cátedra de Procesal además de su notaría en Bogotá, nos acogía en una mansión señorial aunque con el buen gusto de no aparentar lujosa, pese a que tenía todos los alicientes para semejar de cuento de hadas, a la que no restaba su encanto la lluvia de una abundantemente obsequiosa tormenta. Pues bien, en un aparte, me distanció del resto de invitados y me dirigió a un extremo del edificio en el que se encontraba su habitación. Paredes encaladas –no pintadas–, un catre –no una cama– de madera, una tosca tabla de tronco de árbol que hacía el oficio de mesita de noche en la que posaba una luz y un Crucifijo de caoba, tan sobrio como el ambiente del cuarto en la pared. Fue el hallazgo feliz de percatarme de que una de las mentes más claras de Colombia, que posiblemente el mejor procesalista y ejemplar notario de Santa Fe de Bogotá, me había revelado el secreto y deparado el honor de hacerme ver que todo lo que no lleva a Dios es ciencia vana y que sus afanes y anhelos, sus ilusiones esperanzadas, no se limitaban a los placeres humanos sino que por el camino de la ascética se hacen presentes a Dios.

Me veo impelido a desvelar este caso, porque en mis vivencias, va unido a otro vinculado a Ernesto Jaacks. Ernesto, hombre complacido en hacer creer que ostentaba una frialdad religiosa, que no gustaba de perder en lo divino el tiempo que podía aprovechar en lo humano, en uno de mis viajes a Buenos Aires, luego de pasar por la cafetería del Florida Garden, me pidió que le acompañase a su despacho en Reconquista entre

Corrientes y Uruguay porque podíamos seguir hablando. Al llegar a la Avenida Córdoba, doblamos dos calles a la izquierda para ir por Reconquista, pese a estar en obras, ser angosta y tener bastante tráfico. Apenas llevaríamos andados cien metros, cuando a mitad de la manzana, un pequeño edificio, retranqueado por unas verjas de hierro y un minúsculo patio, venían a semiocultar una de por sí recóndita capilla. Entramos y en el altar había una resplandeciente imagen de Nuestra Señora, a la que el brillo de las lucecitas se unía al olor a cera de las velas, que copiosamente la aprisionaban. Y me quedé en la última fila, quizá, por la timidez que ocasiona algo inesperado. Ernesto, con la familiaridad que da el uso, se allegó a la primera fila y se arrodilló en un reclinatorio, recogido y recubierto su rostro por sus manos. Transcurrieron sus buenos veinticinco o treinta minutos. A la salida, nuestro silencio hacía innecesarias las palabras. Al despedirnos en la puerta del enorme hall del caserón de su despacho, con ojos humedecidos de unas dibujadas y mal retenidas lágrimas: “Que esto quede entre tú y yo. A una hora u otra, cuando he logrado estar solo, siempre que he estado en Buenos Aires, he venido a esta recoleta capilla, para hacer examen de conciencia. Eso sí, sigilosamente he procurado que nadie lo vea. Sé que tú tampoco lo vas a contar a nadie, al menos, mientras yo viva: «Ya que sólo tengo la antorcha de la fe, necesito acudir presuroso a impedir que se me apague»”. Esta frase híbrida de meditación y confesión se me planteó durante mi paseo de regreso por las calles más transitadas de Buenos Aires, en una completa abstracción: “Si no tenemos el soporte de la fe divina, ¿qué remedo o burla significa para nosotros, fedatarios, la atribución de una fe humana?”.

Y es que Ernesto, dotado de un profundo sentido vital, insisto, no era un “ciudadano del mundo”, sino un argentino con proyección universal. Su dominio de los idiomas le facilitaba su familiaridad con los más variados lugares del planeta, siempre que estuviesen en consonancia con su manera de ser. Más que viajero impenitente era un esforzado peregrino que sabía moverse con soltura como don Juan Tenorio de palacios a cabañas, aristócrata entre los nobles, y menestral entre el pueblo; mas, dejando en todas partes desperdigada su natural liberalidad y el recuerdo alegre de su simpatía. Y es que sin recabar protagonismo en cualquier reunión académica o festiva, no pasaba desapercibida su presencia, de la que servía de vehículo de presentación su estilizada figura y su conversación amena. Gustaba presentarse con su pulido y desenfadado atuendo, larga cabellera descuidadamente cuidada y sus mesadas barbas, emperadoramente floridas como las de Carlomagno, sin necesidad de recurrir a expediente alguno, refiriendo como señas de identidad una anécdota elocuente que por sí sola le eximía de palabras devaluadas: cuando con su

semblante que sólo ha experimentado la mutación del peso de la suma de los años, de joven, cuando entraba en un hotel o café —la expresión “mozos” la reservaba para Argentina— me tomaban por un artista bohemio y cariñosamente me llamaban “maestro”. Con el tiempo, los de antaño, reputándome un sabio despistado con aires respetuosos me tildaban de “profesor”, con lo que significaban el ocaso del artista y la pérdida del soplo vitalizador desplazados por la tranquila reflexión, ya no creadora sino conservadora.

El hombre, rey de la creación, provisto de un mecanismo movilizador como el resto de los animales requiere también de un asiento con visos de estabilidad y permanencia para hacer extensivo su señorío a las plantas, a los árboles. Si Ernesto venía a ser el portaestandarte o adelantado del “movimiento continuo” no le bastaba con ostentar un solo lugar de asentamiento. Al menos, que yo sepa, tenía cinco: con carácter alternativo de perdurabilidad, su despacho en Reconquista; el de Alsina y el Círculo Alemán de Avenida Corrientes. Y dos más o menos transitorios y para finalidades concretas: el de Juncal inmediato al Ministerio de Asuntos Exteriores, espaldas a la Plaza del General San Martín su domicilio, que solía utilizar sólo para dormir al menos desde que yo le conocí y el del Colegio de Escribanos de Avenida Callao 1542 para oxigenar su espíritu con la cultura jurídica, ya que con reiterada asiduidad tenían lugar conferencias y reuniones de enorme difusión y concurrencia, que frecuentemente se prorrogaban en las mesas del restaurante establecido adecuadamente en el último piso, en el que cocinero y camareros eran de origen gallego, interrumpidas las amenas conversaciones por el sobresalto de la dictadura del reloj que llamaba a la actividad obligada, en los mediodías o al retardado descanso pudorosamente recordado por los ojos colorados de los fatigados camareros, en las adentradas madrugadas de las noches.

Ernesto tenía una, posiblemente, en lo que yo he alcanzado a saber, la única debilidad familiar que codiciosamente ocultaba: su hermana mayor, que viuda, vivía en Kempten, en la ruta al Bodensee o lago de Constanza, en el Allgau, a unos 60 kilómetros de Munich. Su aparente displicencia por la familia no era óbice para que anualmente cumplimentase una visita, con los más variados pretextos, desde Buenos Aires. Esto es todo lo que sabía o mejor presumía conocer. ¿Cómo se llamaba su hermana? Ni él me lo dijo ni yo se lo pregunté. Era simplemente su hermana alemana. Sin embargo, una noche, estando yo en el Colegio español de Munich, recibí una llamada telefónica de Ernesto. Me produjo un fuerte sobresalto: ¿Desde Argentina? No, desde Baviera. Y directamente: “¿Tenéis una habitación para mí en el Colegio?”. “Es para ti” le dije al Rector Antonio Castro, que por supuesto le dijo que sí y se brindó

a recogerlo al siguiente día en su coche. La razón de su inesperada presencia la motivaba el no encontrar habitación libre en ningún hotel por ser la “Oktoberfest” o fiesta de la cerveza, a la que en una conversación incidentalmente añadió, que su hermana era una persona muy querida para él, que sentía la necesidad de verla, que juntos y en paz y armonía aguantaban ambos compartir el café de las cuatro, pero que no llegaban a cubrir las veinticuatro horas sin reñir y dejar de hablarse. Y Ernesto sin hablar era como anticiparle la muerte.

De entonces en adelante todos los otoños europeos Ernesto se situaba en el Colegio de Santiago Apóstol, visita esperada con ilusión por Antonio Castro, nuestro Rector, por supuesto por mí, si coincidía mi estancia y lo que es más importante por los Colegiales, al extremo de que hubo quien aplazaba el viaje de regreso a España o alteraban su plan de trabajo para participar en las tertulias que en un mano a mano de cuatro o cinco horas que se añoraba y que se mostraba concurridísimo, efectuaban Antonio Castro y Ernesto Jaacks, un poeta y un soñador, un Teólogo y un Notario, dos hombres ejemplares *qui seducebant juventutem*. Y es que, me refería Ernesto, la Misa en la relajante Capilla del Colegio y la tertulia con Antonio hacen que uno se olvide de todo, incluso de la asistencia al obligado café de las cuatro dos veces por semana en Kempten. Y es que Ernesto al lado de Antonio sacerdote se sentía rejuvenecido, felizmente joven, porque le acercaba al altar de Dios, que en palabras del Salmista *laetificat inventutem nostram*.

Recorrido “il mezzo del cammin di nostra vita” no salen a nuestro encuentro Virgilio ni Dante, sino la sensación de la desilusión y del fracaso. Y esto, que la gente corriente solemos desdeñosamente superar, le atormentaba a Ernesto, en manera tal que un buen día tomó la decisión de separarse de ONPI. Había dejado de estimularle y de satisfacerle. Y con su acción, planteaba el problema de abrir su sustitución. En ONPI, destacaban a ojos de Jaacks tres personas: Liliana Grinberg, que había sido su colaboradora más fiel y sobresalía por sus enormes dotes intelectuales –con posterioridad perteneció a la escuela de Umberto Eco en Bolonia–, José Guglietti, trabajador empedernido y con ambición no exenta de riesgos por trascender, y como repuesto de última hora, Gaston Courtiel, de gran simpatía y don de gentes, pero que por su adherencia a una corriente notarial opositora en su colegio, no gozaba de excesivas complacencias. La persona apropiada era, indudablemente, Liliana, pero Ernesto, en una fase de asepsia total mantenía que los tres eran idóneos por lo que se remitía a lo que los demás decidieran, sin que mi acusada preferencia por la señora Grinberg moviera su decisión en lo más mínimo.

Pero su neutralidad no alcanzaba a proscribir el dejarse querer. Y cada cual del posible candidato menudeaba en atraer su favor, más o me-

nos a ojos vista: una noche, ya pasadas las once, me llamaba Ernesto al Colegio Español, anunciándome que se encontraba en una cervecería en Schwabing, el barrio alegre de Munich, y que tenía que partir al siguiente día a Pasau con unos clientes, por lo que era el único momento en que podíamos vernos, y que ellos le habían reservado ya el alojamiento en un hotel, donde acudirían a recogerlo. Schwabing está en el lado opuesto a la Dachauerstrasse en que se encuentra el Colegio y a esas horas, pese a la Oktoberfest o precisamente por serlo, era imposible obtener un desplazamiento rápido, así que *pedibus andandibus* llegué a la cervecería de marras. En un ángulo, al fondo, Jaacks estaba acompañado por un comensal, que yo, pensé sería su cliente, pues, ni por asomo, pude imaginar que se trataba de Guglietti. Y entonces supe que José Guglietti había aprovechado su viaje para conocer Alemania: que permanecería en Munich tan sólo una noche durmiendo en una habitación del hotel, porque estaba completo el siguiente día, si bien habían accedido a que pudiese descansar en un sillón en la recepción esa segunda noche, motivo por el que le había proporcionado un viaje a Italia en un autocar que salía de la Hauptbahnhof a las seis de la mañana. Como el cliente que había de llevarlo consigo a Pasau, acudiría a las dos de la tarde, quedamos en que el Rector, el Director y yo iríamos a recogerlo a las doce para almorzar en un Gaststätte de los alrededores, a lo que accedió con dificultad poniendo como pega la puntualidad germánica y la exigencia de estar antes de la una y media en el hotel. Buena comida y sabrosa cerveza en la que se percataba uno de los deseos de alargar de Guglietti y de apresurar de Jaacks. A la salida estaba lloviendo a mares. A la hora prevista o un poco antes dejamos a ambos en la puerta del hotel. Y Guglietti convino en que estaría con Ernesto hasta que él se marchase para que no se quedase solo y que seguidamente, por la lluvia tan intensa, nos llamaría por teléfono para que fuésemos a recogerlo, pues en el hotel todos hablaban alemán o inglés, pero no alcanzaban a chapurrear como él el francés o italiano.

La puntualidad alemana conoce con relativa frecuencia excepciones notorias. Y cual si de propósito quisieren ridiculizar a Jaacks, la abundante cortina de agua y el “aquaplaning” de las autopistas, se alegaron como motivos determinantes del retraso hasta bien pasadas las cinco de la tarde, de tan malos augurios como sus negros y tupidos nubarrones, momento este, en el que también ensombrecido y remojado Guglietti, aburrido de aguardar en la entrada del hotel –que no contaba más que con un reducido pasillo y un mostrador– por cuando ya había tenido que abandonar su dormitorio, y sólo con una tenue gabardina y desprovisto de sombrero y de paraguas, ni tan siquiera podía recorrer los alrededores, porque apenas disponía de prendas de recambio. Y teniendo que aguantar la presencia silenciosa de Ernesto, que, después de sus públicos elo-

gios a la puntualidad germana, por el acusado sentido del ridículo que nos corroe a los latinos, ni tan siquiera le habían restado ganas de hablar. Marchado Ernesto y recabada telefónicamente nuestra presencia por José, fuimos a por él, que como nos dijo con melancólica desgana y apatía, le suponía el tránsito del purgatorio al paraíso. A nuestra invitación de darle una vuelta con el coche –bajar de él con la lluvia tempestuosa por el fuerte viento era una temeridad– para tener una idea de la ciudad, declinó la oferta porque, ya en Buenos Aires, sabiendo que tenía que quedarse solo, Ernesto se la había recorrido y trazado los itinerarios sobre un plano, que lamentablemente, había perdido entre unas cosas y otras. De todos modos, en el Colegio pudo respirar tranquilo, reponer fuerzas con nuestras provisiones remojadas ya no por agua sino por cerveza y participar en la tertulia hasta las primeras horas de la madrugada, pues a las cinco le habíamos reservado un taxi. A esa hora, Antonio y yo nos levantamos para despedirle, dispuestos a acompañarle, a lo que se opuso enérgicamente. Al abrazarnos en la puerta de la calle, dirigiéndose a Antonio, como rector: “A quien se le diga que la mala imagen que tenía de Alemania me la ha hecho cambiar en buena, buenísima, lo único que de Munich he podido conocer a fondo: el Colegio español”.

Tal vez esta serie de avatares concatenados sirvieron de base para que el viaje iniciado con tan contrarios auspicios valiese la pena y resultase “exitoso”: José Guglietti había conseguido su objetivo, al sustituir en la Dirección de ONPI a Ernesto Jaacks Ballester. Y es que, ciertamente, el que algo quiere, algo le cuesta, o con el título de una comedia de Lope “Porfiando vence amor”. Pues en definitiva un accidente puramente natural como es la lluvia, imprevisiblemente, había desequilibrado la aséptica y objetiva neutralidad de Ernesto. Liliana y Gastón sólo podían echar la culpa a los elementos, como en el caso de la Armada Invencible. Aunque Guglietti, que no los había previsto, tuvo la dicha de hallarlos.

* * * * *

Ernesto Jaacks Ballester, temperamento aguerrido, moralmente fuerte, enormemente introvertido, de emociones recoletas disimuladas celosamente por la apariencia externa, ocultador de su bondad desparramada a raudales y a regañadientes, que como Alejandro Gómez, el personaje de *“Nada menos que todo un hombre”* en *“Tres novelas ejemplares y un prólogo”* de Unamuno, protesta indignado: “Yo no vivo de apariencias, sino de realidades”; por lo que, cuando un pisaverde zangolotino le empetra que “no es un caballero” se apresura a replicar en tono airado: “¿Caballero yo? ¿Yo caballero? Exclamaba él. ¿Yo? ¿Alejandro Gómez? ¡Nunca! ¡Yo no soy más que un hombre, pero todo un hombre, nada

menos que todo un hombre!”. Epitafio que con todo derecho podían compartir Alejandro Gómez y Ernesto Jaacks.

En efecto. En uno de mis viajes a Buenos Aires –si dijese Argentina mentiría, porque Argentina es Buenos Aires y muchas cosas, muchísimas cosas más, que para familiarizarse con ellas se requeriría media vida–, en nuestro lugar de encuentro, el Florida Garden, que por ser sus camareros gallegos, era el único recinto en que podía invitar, aduciendo sin admitir razón en contrario, que gozaba del privilegio de extraterritorialidad, en presencia de una taza de café con leche y unas medias lunas, me confesaba Ernesto que, con igual naturalidad que Alejandro Gómez, no sabía si esta sería la última vez que nos veríamos, porque había recibido unos días antes una carta panfletaria de los montoneros dándole un plazo de ocho días para desaparecer de Argentina. Que pasados los días indicados y unos cuantos más, ahora en términos de ultimátum le reiteraban la amenaza de matarlo si permanecía, acompañándole una especie de agenda con todas las actividades, horas y lugares que le habían ocupado una semana. Y bajo estos horizontes se encontraba. Que me ahorrara palabras: las despedidas, aunque sean *sub conditione* no admiten consejos. Y con ese aspecto sonriente y despreocupado de que sabía cuando se lo proponía, hacer gala, quitando importancia a la cosa, con aires de conversación intrascendente, prosiguió, que poco tenía ya pendiente por hacer en este mundo, que a su edad estaba más cerca de la muerte que de la vida, y que si su fallecimiento se producía por causa natural o accidental, si no enviaban una esquela, nadie, salvo media docena de allegados y amigos, repararía en él; mientras que si era asesinado por los montoneros, su nombre, biografía, peros y señales, figurarían en la primera página de los periódicos, y un hombre tan humilde como él, habría escrito o le habrían hecho escribir una página luctuosa, pero página en fin, de la historia argentina. ¿No era una reencarnación unamuniana? En esta ocasión fui yo el que pedí que fuésemos a su capilla. Y ya adiestrado, no me quedé en la última fila. Me coloqué a su lado en la primera. Pese a que mis labios se mostraban torpes para dar salida a la oración mental. ¿Quién sería osado a negar que el temor a hacerle un héroe, como él sin rebozo pregonaba, no fue posiblemente lo que le salvó la vida?

* * * * *

En mi 24 viaje a Buenos Aires –último de los que he realizado– Ernesto ya estaba recluido en casa. Apenas si quería recibir visitas. ¿Por qué? Merced al interés de Jorge Bollini pudimos los dos pasar una tarde con él. Su estancia hospitalaria en una clínica le había prodigado los cuidados, atenciones y desvelos de su más fiel y competente colaboradora, la

escribana Irma Piano y su marido Eduardo Alonso, eminente periodista y hombre de letras, que se turnaban noche y día para no dejarlo solo. La deuda al matrimonio Alonso Piano, como impagable ¿que era ha quedado impagada. Silenciar por respetos humanos la figura de Margarita Vis-carret implicaría dejar mutilada su biografía, y lo que es más importante, las esencias desparramadas en Ernesto, de los momentos más tranquilos y acompasados de su vida por haberle concienciado de la alegría del vivir.

Cuando mis hijos eran pequeños, en mi casa, a la habitación de los huéspedes, la conocían como la de Jaacks y de Tinguy du Pouët, sin necesidad de placa anunciadora. Como mis hijos, siguiendo la ley de vida, se han dispersado por ahí, quedará siempre en mi recuerdo la silueta de ambos, pese a haber desaparecido Ernesto y estar alejado por otros avatares Francois.

Al salir de casa de Ernesto, rompió el silencio para evitar que se hiciese profundo y prorrogado, Jorge Bollini, preguntándome: “¿Cómo has encontrado Buenos Aires?”. A lo que respondí: “Extraño. Extraño Buenos Aires y extraño yo. Me falta algo. Y es que, para revolotear en mi ambiente, para sentirme acogido en «mi Buenos Aires querido» tengo que encaminar forzosamente mis pasos al cementerio de La Chacarita”.

* * * * *

La Providencia me ha deparado disfrutar de la dilecta amistad, a lo largo de mi vida, de dos personas de vetusta edad, que sin menoscabo de sus años, han sabido ser jóvenes entre los jóvenes y viejos entre los viejos, alternando ilusión con experiencia: Raimundo Noguera Guzmán y Ernesto Jaacks Ballester, ambos ya tan sólo vivos en el recuerdo, hablando en lenguaje humano. El triunvirato quedaría completo, agregando a ambos la figura de Antonio Castro y Castro, que afortunadamente a modo de epígono aún gozamos de su presencia y compañía. Los dos primeros notarios, el último, teólogo y poeta. Los tres, de ingenio latino penetrante, dispensadores de una ética estetificada y profesores de un humanismo, que aun cuando adjetivarlo de “cristiano” pienso que es una redundancia, me arriesgo, con todo, a hacerlo, ante el mal uso que del mismo, devaluándolo y pervirtiéndolo, han hecho los “navegantes ocasionales de turno”.

Raimundo Noguera entraba en el mundo de Antonio y Ernesto por mi mediación. Conversadores todos. Con la elocuencia seductora de las tertulias. Mi actividad me ha reducido a ser mensajero de Raimundo, e intermediario para poner en relación a Castro con Jaacks, al extremo de que en una de sus cartas últimas, luego de fallecida su hermana de Kempton, me refería que con su pérdida y su resquebrajado estado de

salud, con las cañerías llenas de robín y anquilosadas, le había arramblado el pretexto que no hubiese tenido mayor trascendencia, de haber sentido el impulso de sus mermadas fuerzas, acosadas y debilitadas por la enfermedad que le imposibilitaba, de hecho, para acercarse al “árbol de la eterna juventud” que tanto añoraba y que cubría con sus ramas el “Spanische Kolleg” de München.

¡Qué lejos estaba Ernesto de imaginar que aquella amistad formada con Antonio Castro iba a quedar inmortalizada en el elogio de su figura en unos versos sonoros y armónicos, de metáforas profundas que son para el poeta lo que para el filósofo es la idea! Son tres sonetos que reflejan los correspondientes estadios de existencia temporal. El primero eleva al Parnaso la presencia de Ernesto en Munich. El segundo, presenta a Polimnia el acaecer de nuestro hombre en su Buenos Aires, en estampa sesgada por las vivencias del poeta, que acompañado del matrimonio zaragozano Tena, verdaderos mecenas, trocados los papeles hizo Ernesto de anfitrión. Y el tercero, para mi entender, el de una mayor exaltación, en el que siguiendo una estética antitética a la del Dante, trae a la tierra la visión trascendente, *sub specie aeternitatis* de los sentimientos de Ernesto.

A ERNESTO JAACKS BALLESTER

Antonio Castro y Castro

1

Árboles vagabundos y uno altísimo
balanceaba fijo todo el bosque.
Yo andaba en tu camino, en tu Baviera.
El gesto vegetal eran tus brazos.

Un equilibrio en danza de abedul
eran tus altas ramas de palabras.
Hablabamos del cosmos, de los montes,
del río en su derecho al lago azul.

De pronto te parabas como un hombre,
como piedra sin hélices, sin rumbo,
tal una catarata en mármol quieta.

Yo te movía al centro de otra hora,
al instante, al que atrae a cada instante.
El tuyo era la orilla, la memoria.

2

Después medimos largas paralelas
de Buenos Aires, metros de saludos,
de profecía manso en las zozobras,
tu estatura gigante era tu estancia.

Allí vi yo tu imán como a un metal
de luz, como guadaña de las sombras.
Sonreía el fulgor de tu otro mundo.
Tus sentencias exactas eran rúbricas.

Tu corazón subía a tu cerebro.
Tu cerebro bajaba a los orígenes
del tiempo, al pozo unánime.

Subimos hacia el campo, hacia Palermo
con Borges, sin sus ojos, con sus labios.
Tu mente de arrabal era una torre.

3

¿Te has muerto o sólo quieres una lápida
caliente, otra amapola en tus arterias,
o el jirón de un espejo que duplique
mi luna ya sin ti, sin plenilunio?

Menguante hacia creciente era tu voz,
tu armonía en cadencias que te alzaban
tu fiel palpitación en los juicios
y en las escribanías. Palpo aún sangre.

Tú lograste mover las otras lenguas,
callar en lo políglota, pulir
la cintura del hierro cuando hierra.

Ahora saboreas lo que sabes.
Tu corazón de doble extenuación
se levanta ya en el vuelo, es aquel árbol.

Donde tus labios alas son de arcángeles.

Munich. Navidad de 2000.

Sobran comentarios que serían estériles. Mas con todo, recordar, como final, unas palabras que llenas de extrañeza me expresaba nuestro Antonio Castro y Castro, Sacerdote Operario Diocesano, Rector del Seminario de Zaragoza, Rector del Pontificio Colegio Español de Roma, Rector del Colegio Español de Munich, con 32 tomos de poesía publicados y tres en prensa, que al visitar como “huésped distinguido” el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en Avenida Callao 1542, en el muro de uno de los salones figuraban una serie de retratos fotográficos de personajes ilustres del Notariado bonaerense, entre los que inopinadamente, no aparecía el más universal de ellos, Ernesto Jaacks Ballester. La explicación era que rememoraban a los Presidentes y él no había sido, quizá porque cuando lo pudo ser no estaba en sus cálculos serlo, si bien, según Antonio Castro y los Tena me contaban, no había logrado ocultar del todo un rictus de tristeza. Y es que, difícilmente puede percatarse un teólogo y poeta, que el brillo de una institución se atribuya a un cargo, no a un hombre.

Por eso, recogiendo la recomendación de Publio Terencio en *Andria* (II.I.305) *quoniam non potest id fieri quod vis id velis, quod possit*, ya que no es posible conseguir lo que deseas, ponte a querer lo que sea posible, me atrevo a sugerir la idea de que para honor del Notariado argentino ¿por qué no se imprimen los versos en unas placas cerámicas para ennoblecen una de las paredes de la Avenida Callao o de Alsina, con esos sonetos que únicamente como notario hasta el presente ha tenido el privilegio de contar con ellos el jurista argentino Ernesto Mauricio Álvaro Jaacks Ballester?

El numen poético de Antonio Castro ha devaluado mi prosa. Lo único que puedo alegar en descargo es que a manera de un acta notarial recoge las notas vistas y oídas de una realidad, que para conferirle genuinidad, aduzco la legalización que le presta la apostilla surgida del Presidente de honor de la Unión, el Dr. Don Juan Vallet de Goytisolo, que en sus años de presidencia efectiva contó con su colaboración. Y nada mejor se me ocurre para poner punto final a esta semblanza.

APOSTILLA A LA SEMBLANZA DE ERNESTO

Juan Bms. Vallet de Goytisolo

Ángel Martínez Sarrión concluye su bella semblanza y el recuerdo de mi entrañable “vicario” en América, ERNESTO JAACKS BALLESTER, invitándome a ponerle una apostilla. Esta es una oportunidad inmejorable –que no quiero perder– de satisfacer una deuda de gratitud y de amistad con quien ha sido para mí un gran amigo y uno de mis más íntimos consejeros y colaboradores durante mi presidencia efectiva de la UINL. No lo podré hacer con la poesía que contiene la bellísima prosa de Ángel Martínez Sarrión, ni la esculturalmente versificada de ANTONIO CASTRO. Pero pongo mi corazón en esta brevísima apostilla para evocar mis recuerdos de ERNESTO.

Había tenido oportunidad de conocerle en algunos de mis viajes a Buenos Aires con motivo de reuniones notariales. Pero no comencé a tratarlo a fondo sino en el Congreso de la UINL de 1978, reunido en Guatemala, en el que fui elegido presidente de la Unión para suceder a RAÚL MONE-
TA, otro argentino que había entregado la mitad de su vida al servicio de la UINL.

Ángel Martínez Sarrión me aconsejó que propusiera a la Asamblea, como vicepresidente por América del Sur, a JAACKS BALLESTER. Yo había optado ya por sugerir para América del Norte a PACO VILLALÓN y para Europa a LOUIS CHAINE, quien dos periodos después me sucedería en la presidencia efectiva de la Unión. Con los tres mi compenetración fue plena, pudiendo decirse que teníamos un mismo pensamiento y un idéntico afán.

A ERNESTO JAACKS le elegí mi vicario para América y mi acierto en la elección fue total. Juntos planeábamos mis viajes que, como presidente, hice por América recorriendo Puerto Rico, Santo Domingo y toda América del Sur. Ya, al ir para Guatemala, había estado en México, con cuyo Notariado tenía constante relación desde hacía años. Pasé tres meses y medio visitando de las Antillas para abajo, en dos viajes, a todos los Notariados sudamericanos, además de los portorriqueño y dominicano. ERNESTO, que a alguno de los del sur los conocía mejor que yo, me hizo juiciosas indicaciones, e incluso –como viajero impenitente que era– me aconsejó los hoteles más convenientes.

Nuestra amistad fue ahondándose sin cesar cada vez más y se mantuvo viva hasta su muerte. Después del Congreso de París de 1980, en el que concluimos nuestras investiduras, volvieron a haber ocasiones de encontrarnos y cambiar impresiones sobre muchísimas cosas, cual la concurrencia a Consejos Permanentes posteriores y la asistencia a los Congre-

sos de Lima y de Florencia. Además de que siempre que se desplazaba a Europa pasaba por Madrid y nos reuníamos en mi casa de Belisana 5. ERNESTO era uno de los comensales a quien mi mujer más apreciaba.

Mi último viaje a Buenos Aires, donde cumplí con la deuda de exponer sendas conferencias en el Colegio de Escribanos y en la Universidad Notarial Argentina, fue también la postrera vez que permanecí con ERNESTO. Él ya no salía de su casa. Otro entrañable amigo, JORGE BOLLINI, nos acompañó a ella a Teresita y a mí. Pasamos con él más de una hora que se me hizo corta. Mental y cordialmente seguía siendo el mismo e incluso en su bien cuidado aspecto y en la jovialidad. Teresita y yo guardamos un recuerdo entrañable de esta reunión. Él recordaba que en los viajes que hacíamos para acudir a sesiones del Consejo Permanente o a reuniones hispano-americanas de Notariados, al llegar a los hoteles, Teresita preguntaba enseguida por la piscina; y delicadamente le obsequió con el regalo, que le tenía preparado, de un poncho para ponerse encima del traje de baño. Nuestra despedida fue como siempre la habitual, porque sabíamos que nos volveríamos a ver en el más allá, y él confiaba, aún, en que me acercaría otra vez por Buenos Aires, con ocasión del Congreso de la UINL que debía celebrarse meses después, a pesar de que le dije e insistí en que aquella mi novena y última visita a su Buenos Aires, había de ser mi último viaje al Nuevo mundo.

TEXTO REFORMADO DE LA ORDENANZA/REGLAMENTO DEL SERVICIO NOTARIAL (DONot)

II

Abogada Dra. KATJA MIHM, Colonia
Vicegerente del Consejo General del Notariado

y

Notario JÖRG BETTENDORF, Krefeld
Presidente de la Comisión de EDV
(Tratamiento electrónico de datos - Elektronische Datenverarbeitung)
del Consejo General del Notariado

Publicado en el Tomo 1/2001 de la *Deutsche Notar-Zeitschrift* (*Revista Notarial alemana*).

Traducción de EKKEHARDT BOXBERGER, Licenciado en Derecho alemán y español, y EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Notario Honorario. (*)

(*) El presente artículo completa el estudio realizado *in situ* por el indicado Notario Honorario MARTÍNEZ-PIÑEIRO, por encargo expreso del Consejo General del Notariado, y que ha sido publicado en el n.º 40, correspondiente a los meses octubre-diciembre de 2001, de la *Revista Jurídica del Notariado*, bajo el título “Venturas y desventuras de un Notario Honorario (“ausser Dienst” = fuera de servicio) en tierras bávaras (Ingolstadt-Alemania), del 18 de septiembre al 2 de octubre de 2000”, y cuya lectura previa parece imprescindible para la comprensión de éste.

La Ordenanza/Reglamento del Servicio Notarial (DONot) fue aprobada el 13.12.1960 por las Administraciones de Justicia de los diferentes "Länder" de la República Federal como normativa de carácter general y entró en vigor en 1961 con el Estatuto Federal del Notariado (BNotO). Tras la reforma en 1985 de la regulación de los contratos de depósito/custodia ("Verwahrungsgeschäften") se acordó la reforma de la DONot. El Ministerio de Justicia de la Baja Sajonia, autor del nuevo texto, propugna la entrada en vigor de la redacción definitiva de la "Ordenanza/Reglamento de Servicio para Notarias y Notarios" ("Dienstordnung für Notarinnen und Notare"), resultado de las experiencias y conversaciones entre los "Länder" y de la discusión respecto de tres anteproyectos... Este texto definitivo será aceptado por los demás "Länder", si bien subsiste la posibilidad de introducir algunas modificaciones. Al lado de numerosas novedades sustantivas establece la nueva Ordenanza/Reglamento las adaptaciones necesarias al Nuevo Estatuto Federal del Notariado (BNotO-Novelle), aspira a una nueva configuración sistemática en conjunto y regula de nuevo la llevanza de libros a través del tratamiento electrónico de datos (EDV). El artículo ofrece una ojeada sobre las modificaciones más importantes así como prácticos consejos para las adaptaciones necesarias para la introducción en el Notariado de los programas de tratamiento electrónico de datos (EDV-Programmen). En atención a las posibles modificaciones en los distintos "Länder" deberán desarrollarse diferentes versiones de programas electrónicos notariales.

I. Nuevas normas/regulaciones de carácter general

1. Modificaciones del título y del idioma.

La Ordenanza/Reglamento ya no se denomina "Ordenanza/Reglamento para Notarios", sino "Ordenanza/Reglamento para Notarias y Notarios". En consecuencia, se utilizarán en todas las disposiciones los términos masculinos y femeninos para "Notario", "Administrador de la Notaría", "Presidente de la Audiencia", etc. En espera de que la utilización de los términos masculino y femenino sea asumida por todos los "Länder", la nueva Ordenanza/Reglamento incorpora ambas denominaciones y con ello su empleo resulta reforzado.

2. Modificaciones relacionadas con el Estatuto Federal del Notariado (BNotO-Novelle).

Con las modificaciones del Estatuto Federal del Notariado ("Bundesnotarordnung") y de la Ley del Instrumento Público ("Beurkundungsge-

setz”) por la Ley Tercera de Modificación del Estatuto Federal del Notariado y otras leyes de 31 de agosto de 1998, las prescripciones de la Ordenanza/Reglamento Notarial, con la significación de reglas profesionales, se han incorporado, total o parcialmente, al Estatuto Federal del Notariado y/o a la Ley del Instrumento Público y de esta forma se les ha proporcionado una base legal.

(Se enumeran a continuación las modificaciones fundamentales –parágrafos 32; 10, pár. 3; 26 del Estatuto y parágrafos 54a hasta 54e y 44a de la Ley del Instrumento Público– que no se ha estimado necesario traducir).

3. Nueva ordenación sistemática.

Con la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento para Notarios se mejora la sistemática de determinadas reglas individuales, haciéndolas más comprensibles y más fácilmente legibles. Normas hasta ahora ocultas o dispersas en diferentes parágrafos, no obstante relacionados entre sí por su contenido, se recapitulan ahora sistemáticamente, se reforman los títulos de las secciones y parágrafos y se evitan repeticiones y remisiones. Así, la nueva rúbrica del parágrafo 5 de la Ordenanza/Reglamento abarca un resumen de todos los documentos a gestionar por los Notarios, o sea, libros, índices, legajos/documentación y resúmenes de asuntos (“Geschäftsübersichten”), así como resúmenes de depósitos (“Verwahrungsgeschäfte”). En el aire quedan preguntas que afectan a la gestión de la documentación reguladas con anterioridad, como por ejemplo, su custodia. Este principio de estructuración según la clase de documentos bajo una rúbrica común que contiene las disposiciones comunes para cada documento específico, es utilizado en todas las materias. Cada libro en particular o índice es regulado íntegramente en una norma específica en relación con la norma general que precede.

II. Nueva reglamentación de carácter general para el ejercicio de la profesión

1. Sello profesional/oficial, placa profesional y personal, relación laboral con el personal.

a) Sello profesional/oficial.

El parágrafo 2, apartado 1, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial determina que los Notarios tienen derecho a utilizar el

Sello profesional/oficial con el escudo del “Land” correspondiente. Esta formulación no admite expresamente la posibilidad de usar más de un sello, pero con la formulación en plural tampoco queda claro que solamente se pueda utilizar un “único” sello. En una norma complementaria se aclara que el sello puede ser impreso en colores y/o en seco/troquelado marcado con prensa o tampón para sellos lacrados. El párrafo 2, apartado 2, inciso 2, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial adapta el texto del sello profesional/oficial a la nueva redacción del párrafo 2, inciso 2, del Estatuto Federal del Notariado y recoge la forma femenina de la denominación profesional de “Notaria”. Ha sido suprimida la alusión del párrafo 2, apartado 3, inciso 2, de la Ordenanza/Reglamento Notarial antiguo a las normas complementarias para la llevanza del sello. En su lugar el párrafo 2, apartado 4, se remite, de forma general y declarativa, a las líneas directivas de los “Länder” para la utilización y características de los sellos oficiales.

b) *Placa profesional, placa personal.*

Con una adición al párrafo 3, apartado 1, inciso 3, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, se facilita a las llamadas “sociedades mezcladas” (“gemmischten sozietäten”) uniones de despachos) la posibilidad de utilizar en la placa profesional la denominación de “Notaria” y “Notario”, sin regular su lugar de colocación. No podía prevalecer la propuesta de admitir para estas uniones la formulación plural de “Notarios” o “Notarias”, por cuanto provocarían, en relación con la denominación oficial masculina y femenina, muchas variantes posibles y poco claras en la configuración de las placas oficiales. Con la denominación doble se ha conseguido una mayor exactitud respecto de la manifestación del sexo del o de la titular, lo que no plantea problema alguno dado el número de Notarios. En todo caso no parece haber inconveniente legal alguno para la admisión de la forma plural (“Notarios”, según nota que aparece al pie de página).

No es admisible cualquier otra inscripción en la placa profesional/oficial distinta de la del párrafo 3, apartado 1, inciso 2, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial. Esto rige especialmente para la denominación “Notaria” (“Notariat”). Respecto del membrete de las cartas hay que constatar la existencia de un criterio más amplio en la jurisprudencia. Mientras el Tribunal Supremo Federal (“Bundesgerichtshof –BGH–”) en decisiones anteriores (1984) se había pronunciado en contra de la denominación “Bufete de Abogados y Notaría”, más recientemente (1999) ha considerado admisible el membrete “Bufete de Abogados y Notario”. Esta tendencia jurisprudencial relativa al membrete de

las cartas no se puede trasladar a la configuración de la placa profesional/oficial. Ésta sólo puede contener la denominación profesional claramente establecida en el parágrafo 2, apartado 2, del Estatuto Federal del Notariado.

Al lado de la placa profesional/oficial se admite ahora expresamente la llamada “placa combinada” (“Kombinationschild”) (parágrafo 3, apartado 2, inciso 3 de la nueva Ordenanza/Reglamento Notarial). En su consecuencia, se puede poner en la placa personal el escudo del “Land”, siempre que quede claro, en caso de varias indicaciones profesionales, la referencia a la de Notario y la persona que ejerce esta profesión.

c) *Denominación profesional femenina y el programa de tratamiento electrónico de datos (“EDV-Programm”).*

La denominación “Notario” o “Notaria” a usar de acuerdo con el parágrafo 2 del Estatuto Federal del Notariado puede introducirse en los datos y modelos de tratamiento de textos a través de la hoja de datos de la persona autorizante. Lo dicho afecta especialmente a los datos en el encabezamiento de las escrituras, notas de expedición, denominación oficial tras la firma en la correspondencia y en los modelos oficiales adjuntos al Reglamento. Lo mismo rige para las indicaciones del sustituto/sustituta, administrador/administradora notarial (parágrafo 33 de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial).

d) *Parágrafo 4. Relación/Contratación de personal.*

La documentación original respecto de dichos compromisos/obligaciones debe custodiarse con la documentación general, tal como establece el parágrafo 4, apartado 1 de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, para facilitar su comprobación. Complementando el parágrafo 26 del Estatuto Federal del Notariado, el parágrafo 4, apartado 2, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial establece que la contratación también procede aun cuando preexistiere una relación laboral entre las mismas personas o se tratara de empleados contratados antes por otra Notaria o Notario.

2. Gestión de documentos y duración de su custodia.

a) *Sumario sistemático respecto de todos los documentos.*

La nueva rúbrica central del parágrafo 5 de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial presenta por primera vez un sumario

sistemático de todos los documentos a gestionar (llevar) por el Notario y contiene además normas de carácter general aplicables para todos ellos. Seguidamente se especifican todos los libros e índices a gestionar por el Notario: índice de escrituras, libro de depósitos, libro de imposiciones y disposiciones de los depósitos (“Massenbuch”; literalmente “libro de masas”, utilizando el término “masa” como se hace entre nosotros al referirse a la “masa de la quiebra”; este libro también podía ser considerado como “libro de movimientos de las posiciones de fondos”), índice de contratos sucesorios, relación de cuentas de depósitos de dinero de clientes (“Anderkontenliste”), índices de otorgantes de documentos y depositarios para el protocolo y el libro de imposiciones y disposiciones de los depósitos (“Massenbuch”), y, por primera vez, también la documentación para la observancia de prohibiciones de intervención/incompatibilidades (“Einhaltung von Mitwirkungsverboten”) y registro de honorarios/minutas a disposición de la Caja Notarial (en sentido lato, Mutualidad; “Notarkasse”) de Munich y la Caja Notarial de los “Länder” con sede en Leipzig. La relación de la documentación indicada se corresponde con la de las subsiguientes reglas respecto de cada una de ellas. Para finalizar se especifican los legajos/documentación (“Akten”) a gestionar: protocolo de escrituras, cajas colección/archivadoras de protestos de letras de cambio y cheques, documentos complementarios no protocolizados (“Nebenakten”), documentación general y, por último, los sumarios/sinopsis de asuntos (volumen de trabajo, “Geschäftsübersichten”) y de los depósitos. Para la instalación del programa informático notarial presenta el párrafo 5 de la Ordenanza/Reglamento Notarial una orientación básica.

b) *Prohibición de gestión externa de los libros.*

La prohibición de gestión externa de los libros se establece por primera vez en el párrafo 5, apartado 3, de la Ordenanza/Reglamento Notarial. Así, se regula expresamente que los libros, índices, documentación/legajos/expedientes y sumarios deban ser gestionados en el despacho y que el Notario, para esa gestión, solamente puede valerse de personal por él contratado; la delegación/encargo a terceras personas está prohibida. La prohibición de gestión externa de libros se debe especialmente a la necesidad de preservar la protección de datos, especialmente el secreto profesional. Al mismo tiempo, esta prohibición se corresponde mejor con la obligación del ejercicio personal de la profesión y finalmente con el principio de independencia del Notario, ya que de este modo mantiene mejor el Notario la imposibilidad de influencias en la gestión de su documentación, por cuanto ésta se lleva a cabo dentro de la esfera de su organización interna.

La introducción de este principio (prohibición) en la Ordenanza/Reglamento Notarial sorprende, por cuanto cabe ver en él un intento/tendencia de regulación de la profesión, lo cual, al igual que otras normas precedentes de la Ordenanza/Reglamento, exigiría la existencia previa de una Ley. Asimismo, respecto de sus consecuencias prácticas es posible que esta prohibición de gestión externa sea considerada como muy amplia. Decisiva es especialmente la interpretación del concepto “gestión de documentos” (“Führung der Unterlagen”). Hay muchos argumentos para considerar que “gestión de documentos” alcanza únicamente a la gestión actual/presente de libros, índices, legajos y sumarios, pero no a la mera custodia de la documentación cerrada/terminada. Con esta interpretación no se opondría a la nueva regulación la existencia de un archivo externo (fuera del despacho).

Problemas de delimitación también podrían surgir si se llega a la conclusión de que para la gestión de documentos el Notario sólo puede ocupar a sus empleados. Bajo el término/concepto “personas empleadas” (“beschäftigten Personen”) hasta ahora, y en el marco del parágrafo 6 de la antigua versión, se consideraron comprendidas las personas incorporadas permanentemente en la organización del despacho. El mantenimiento de esta interpretación en el ámbito de la prohibición de la gestión externa de libros tendría la consecuencia de que el personal auxiliar empleado a tiempo parcial y, en su caso, como sustituto a través de las empresas de mediación de contratación de personal temporal, no podrían ser utilizados para la “gestión de documentos” y, por lo tanto, prácticamente no podrían ser empleados en el ámbito/esfera del Secretariado.

La prohibición de gestión externa de libros alcanza especial significación respecto de los trabajos/operaciones a través de la red de ordenadores por parte de sociedades supralocales. Un programa notarial debe prever la llevanza descentralizada de documentos en el lugar donde está demarcada cada Notaría. No es admisible una gestión conjunta de llevanza automáticamente protegida de libros para todos los Notarios por una sociedad supralocal.

c) *Duración de la custodia.*

El parágrafo 5, apartado 4, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, regula la duración de la custodia de la documentación notarial en forma similar a las disposiciones aplicables a las autoridades judiciales. En consecuencia, la relación de escrituras, la relación de contratos sucesorios, el índice alfabético de la relación de escrituras y del protocolo deben custodiarse de forma permanente (“dauernd”, sin plazo final), aclarándose que lo indicado se hace extensivo, por lo que se refie-

re al protocolo, a la información sobre los contratos sucesorios que se custodian en forma separada. El libro de depósitos, el de imposiciones y disposiciones de los depósitos (“Massenbuch”), índice de estos últimos, relación de cuentas de depósitos en dinero de los clientes y de documentación en general (“Generalakten”) deben custodiarse treinta años. Se han unificado, por motivos prácticos, los plazos de los índices alfabéticos en general y de los índices alfabéticos de los “Massenbuch”. Asimismo, se ha previsto el plazo de treinta años para la custodia de las relaciones de cuentas de depósitos de clientes por su relación con los “Massenbuch”. Los documentos complementarios no protocolizados (“Nebenakten”) deben custodiarse siete años. El Notario puede, a lo más tardar al tiempo de la finalización de la relación/gestión (“inhaltlichen Bearbeitung”), determinar un plazo mayor de custodia, v. gr., por razón de la gestión de actos “mortis causa” o para el caso de peligro de responsabilidad en vía de regreso. Esta regulación más flexible para los documentos complementarios no protocolizados es el resultado de largas discusiones, habiéndose previsto en los anteproyectos/borradores un plazo máximo de custodia de siete años para los documentos complementarios no protocolizados y más tarde un plazo mínimo obligatorio de treinta años. Por el transcurso del plazo de custodia la documentación/antecedentes deben ser destruidos, salvo que en el caso particular sea necesaria la prórroga de la custodia. Esta obligación de destrucción prevista con carácter general ha sido impuesta en base al llamado principio de “ahorro de datos” (“Datensparsamkeit”). El plazo de custodia se inicia, por analogía con las normas sobre prescripción, el primer día del año natural siguiente a la finalización de la relación/gestión.

III. Libros e índices

1. Principios de la gestión/llevanza de libros encuadernados/impresos en papel.

El párrafo 6, apartado 1, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial comienza estableciendo que los libros e índices deben llevarse impresos en papel duradero y que los otros medios portadores de datos (“Datenträger”) son medios auxiliares. Esta nueva regulación, que recoge la establecida en la anterior redacción de que los libros debían llevarse en papel “duradero” (“dauerhaften”) (*vide* párrafo 7, apartado 2, inciso 1, de la versión precedente), aclara, aunque sea de forma indirecta, que los libros e índices deben encuadernarse. De este modo se resalta más claramente el principio de la llevanza de libros en-

cuadernados, que ya regía para la redacción de las escrituras de conformidad con los parágrafos 19 y 26 de la anterior versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial y parágrafo 13 de la Ley del Instrumento Público. Por consiguiente, si bien, se admite una llevanza de libros, registros y listas de los notarios a través del sistema electrónico de tratamiento de datos, solamente su impresión en papel cumple los requisitos del Derecho Notarial. Objeto de la inspección de la labor profesional del Notario y cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no es, por lo tanto, el “software” del Notario, que únicamente es un medio auxiliar, sino solamente los documentos incorporados al papel aunque producidos con ayuda de tratamiento electrónico de datos. La introducción en el ordenador y el archivo electrónico de datos no cumple con el requisito de formalización (“Eintragung”, literalmente inscripción), sino que debe añadirse la impresión en papel. Solamente los resultados impresos en papel alcanzan significación jurídica y quedan sujetos a inspección. El Consejo General del Notariado (traducción libre de “Bundesnotarkammer”, Cámara Federal de Notarios) ya había elaborado en 1998 recomendaciones para los programas de tratamiento electrónico de datos que sirvieran de apoyo para la llevanza/gestión reglamentaria de los libros de las Notarías y que ha actualizado a la vista de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial.

El parágrafo 6, apartado 1, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial sólo se refiere expresamente a libros e índices, de esta manera la llevanza de legajos/expedientes (“Aktenführung”) queda sin regulación. No se estimó necesaria esta normativa expresa por cuanto la obligación del empleo de papel para el protocolo de escrituras o protestos de letras o cheques resulta de las normas aplicables o, cuando menos, de las costumbres/usanzas (“Gepflogenheiten”) del tráfico jurídico, de las autoridades y de los Juzgados. Para los documentos complementarios no protocolizados no hay ninguna regulación concreta en la Ordenanza/Reglamento Notarial, de ahí que quepa la posibilidad de una llevanza electrónica, siempre y cuando sea factible su archivo.

Las necesidades prácticas de una gestión electrónica de expedientes y libros también es tomada en consideración por las Administraciones de Justicia de los “Länder”. Con los trabajos preparatorios para ello no se quiso retrasar más la entrada en vigor de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, habiéndose creado un grupo paralelo de trabajo de dichas Administraciones de Justicia con participación de representantes del Consejo General del Notariado para ocuparse de las cuestiones de futuro en relación con el tratamiento electrónico de datos en el Notariado. Punto central es el examen y desarrollo de los requisitos de dichos programas electrónicos y las posibilidades de control, en

especial las garantías de estas pretensiones. Otra cuestión es la referente a los problemas en conexión con la transmisión de datos a distancia, por ejemplo, asistencia a distancia, gestión electrónica de cuentas de depósito de clientes y gestión externa de libros. En un futuro el grupo de trabajo deberá ocuparse de cuestiones relativas a la protección de datos en los supuestos de gestión de libros por el sistema de tratamiento electrónico y de las posibilidades de archivo, asimismo, electrónico. Todos estos problemas y cuestiones están, por lo tanto, excluidos de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial o bien ya han sido regulados parcial y provisionalmente en forma de prohibición, v. gr. en el párrafo 5, apartado 3 –prohibición de la gestión externa de libros– y en el párrafo 27, apartado 2, inciso 2 –prohibición de llevanza/gestión de cuentas de depósito de clientes mediante transmisión de datos a distancia–.

2. Libros.

El párrafo 7, apartado 2, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, establece ahora la regla general de que sólo podrán tomarse en consideración las modificaciones de libros, los añadidos y cualesquiera otras alteraciones siempre que la inscripción/anotación inicial fuera legible. También se establece la regla general aplicable a todos los libros de que los añadidos y todo tipo de alteraciones deben estar confirmados por una nota firmada por el Notario con fecha y puesta en el folio en el cual se ha practicado. Hasta ahora esto era de aplicación solamente para los libros de depósito y de relación de imposiciones y disposiciones de los mismos (“Massenbuch”) (párrafo 13, apartado 6, de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial). Por este motivo, ya no se incluye la columna correspondiente (*vide* párrafo 13, apartado 6, de la versión anterior). Una rectificación apoyada en programas puede, por ello, sólo tener lugar mediante añadidos o insertos reconocibles como tales. Una eliminación de faltas sin huella a través de un tratamiento electrónico de datos no puede ser admitida. El programa, por ello, no puede proteger manipulaciones de efecto retroactivo.

3. Índice de escrituras (“Urkundenrolle”).

a) *Escrituras de anotación/inscripción obligatoria en el índice de escrituras (“Urkundenrolle”).*

El párrafo 8, apartado 1, n.º 1 a 7 de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial contiene, en forma de relación positiva, las escrituras de anotación obligatoria en el índice. Se establece claramente

que las matrices incluidas en el parágrafo 36 de la Ley del Instrumento Público se han de anotar, así como las reglas especiales que deben observarse. Se ha pensado en las juntas de socios y juntas generales de sociedades anónimas. Asimismo, se han de anotar como hasta ahora los testimonios protocolizados (“Vermerke”, literalmente anotaciones), según el parágrafo 39 de la Ley del Instrumento Público, que contienen legitimaciones de firmas, de signos manuscritos o rúbricas. Asimismo, se han de anotar los testimonios que, de acuerdo con el citado parágrafo 39, acrediten la fecha en la que se ha exhibido un documento privado o que contengan otro tipo de certificaciones sencillas; se exceptúan ciertos testimonios conexos con alguna autorización/escrituración ya incorporada y que han quedado unidos a la matriz o a una fotocopia autenticada. No se anotan certificaciones de inscripciones en Registros públicos y legalizaciones/legitimaciones de copias. Como novedad a anotar obligatoriamente se incluyen las declaraciones ejecutivas de transacciones entre abogados (parágrafo 796 c de la Ley de Enjuiciamiento civil) y arbitrajes (parágrafo 1053, apartado 4, de esta misma Ley), así como ciertos procedimientos de finalización de trámites con arreglo a la Ley de reforma del Derecho de cosas (“Sachenrechtsbereinigungsgesetz”).

b) *Fecha de la anotación/del asiento.*

Las anotaciones en el índice de escrituras se han de practicar a la mayor brevedad, a lo más tardar catorce días después de la autorización, en orden ininterrumpido y para cada año natural en numeración correlativa. La fijación de la fecha de anotación determina la razón de ser de la llevanza en papel de los libros en cumplimiento del principio de gestión de libros encuadernados. Respecto de la llevanza informatizada de libros, por remisión, se toma por base la misma fecha.

c) *Relación de otorgantes/interesados.*

La relación de interesados de la columna 3 del índice de escrituras se recopila ahora, de forma conjunta y detallada, en el parágrafo 8, apartado 4 de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial. De esta manera, como función del índice de escrituras se incluye, asimismo, la de control de intervenciones prohibidas. Partiendo de esta idea se determina ahora el concepto formal de interesado (“Beteiligtenbegriff”). Esto queda claro en los primeros grupos de supuesto del parágrafo 8, apartado 4, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, según el cual en las matrices ex parágrafos 8 y 38 de la Ley del Instrumento Público en relación con el parágrafo 6, apartado 2, de la misma, se han de ano-

tar los comparecientes cuyas declaraciones de voluntad se han escriturado. En el supuesto de legitimaciones deben incluirse las personas que han estampado la firma, signo manuscrito o rúbrica, o han reconocido ser sus autores; en los casos de declaraciones ejecutivas, las partes y en los de actos oficiales, de acuerdo con la Ley de reforma del Derecho de cosas, se hará referencia a la regulación legal.

Para los restantes supuestos de escrituraciones (parágrafos 36, 39 y 43 de la Ley del Instrumento Público) rige un principio de absorción, según el cual deben anotarse las personas que han motivado su otorgamiento. En este sentido, en las matrices de asambleas/Juntas Generales de socios, subastas voluntarias y escrituración de manifestaciones (“Wissenerklärungen”, que literalmente significa manifestaciones de ciencia/de conocimientos), para la determinación de los interesados hay que partir del que ha solicitado la escrituración/del requirente. En la escrituración de Juntas Generales se anotará solamente la sociedad y no los miembros de los órganos de la sociedad, ni tampoco los socios. Hasta qué punto este nuevo principio, basado en la sencillez, facilita sin dudas el trabajo, lo demostrará la práctica.

Cuando se hayan de enumerar más de diez personas bastará una anotación conjunta. Con ello se sustituye la expresión “número grande de interesados” que utilizaba el parágrafo 9, apartado 2, inciso 3, de la redacción anterior de la Ordenanza/Reglamento Notarial. Es dudoso si se puede utilizar esta anotación conjunta en un programa de tratamiento electrónico de datos. En los programas de tratamiento de textos, en la comparecencia de las escrituras donde todos los interesados, sin excepción, deben ser enumerados/nombrados, v. gr. una legitimación de firmas en la que todas las personas firmantes deben anotarse, puede llevarse a cabo la inscripción de todos en el índice manualmente. La precedente simplificación se aplica al índice alfabético por la remisión contenida en el parágrafo 13, apartado 3, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial.

En los supuestos de representación deben incluirse desde ahora no solamente los representados, sino también los representantes. Esta normativa para los casos de representación se complementa en el parágrafo 8, apartado 4, inciso 4, frase segunda, de la nueva versión, según el cual debe indicarse la sociedad en los supuestos de otorgamientos de asuntos societarios. De este modo se garantiza que la sociedad siempre se designará, por ejemplo en el caso de escrituración según el parágrafo 8 de la Ley del Instrumento Público o bien cuando se trate de una solicitud de inscripción en el Registro Mercantil a través de un administrador o socio en el que es dudoso si se trata de un caso de representación o de facultad personal/propia.

En el parágrafo 8, apartado 4, de la nueva versión se enumeran los datos necesarios a consignar, lo que hasta ahora aparecía solamente en los modelos (oficiales). En el supuesto de apellidos corrientes, deben añadirse otras indicaciones que sirvan para diferenciarlos. Tratándose de personas físicas se solicita/recomienda utilizar el nombre y, además, la fecha de nacimiento. Estas informaciones/novedades aparecen en los programas notariales como datos en los ficheros electrónicos.

Las precisiones mentadas que deben ser consignadas en el índice de escrituras, son:

— En las legitimaciones, aquellas personas que han firmado o puesto la *señal/signo manuscrito* o lo han reconocido como suyos,

— en los casos de representación, no sólo como hasta ahora los representados, sino ellos y además el representante o la representante,

— en escrituras de supuestos societarios, también la sociedad.

Estas innovaciones conllevan un gran trabajo de modificación de los programas notariales, en los que las anotaciones en el índice de escrituras son consecuencia de la programación protegida de la comparecencia/encabezamiento y/o de la legitimación de firmas. El alcance de las modificaciones queda aclarado con los siguientes ejemplos:

En caso de legitimaciones de firmas, señales/signos manuscritos o rúbricas deben indicarse en la comparecencia de personas jurídicas no solamente éstas, sino también los representantes que actúan por ellas, v. gr. en la inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad anónima debe hacerse constar la razón social y los miembros de la Junta Directiva/Consejo de Administración que firman por ella o tratándose de consentimientos cancelatorios otorgados por entidades de crédito, no sólo la institución sino también sus representantes facultados. Todos los comparecientes que consten en el índice de escrituras (“Urkundenrolle”), deben figurar en el índice alfabético, inclusive los y las representantes. Para los representantes, por tanto, también debe ser elaborado un archivo de datos personales (fichero electrónico) y efectuar su conexión con el índice de escrituras y el índice alfabético.

Los representantes pueden ser identificados/marcados en la columna 3 y añadirse el tipo/clase de representación, tal y como figura en el modelo 2 (Índice de escrituras) y bajo el número 2 de orden como ejemplo. Esta identificación podría hacerse también indicando el representante a continuación del representado, si bien no existe ninguna obligación para hacerlo así, por cuanto no hay ninguna referencia literal en la nueva versión al respecto.

d) Objeto del negocio (“Geschäftsgegenstand”).

El objeto del negocio debe ser indicado exactamente con palabras breves de tal manera que se describa claramente para su identificación (parágrafo 8, apartado 5, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial). Esta formulación de carácter general, respecto a la identificación del objeto del negocio, admite un cierto margen y tiene como finalidad evitar una práctica detallista que hubiera existido si se hubiera aprobado, tal y como se había previsto en los anteproyectos/borradores, la enumeración detallada de todos los supuestos imaginables. Por esta razón ya no se incluye en el modelo el negocio jurídico real (“Auflassung”). Se aclara, asimismo, que se admiten las abreviaturas corrientes.

En las legitimaciones hay que indicar ahora en cada caso si el Notario ha elaborado o no el texto/minuta (“Entwurf”). En caso de legitimaciones con minuta (“mit Entwurf”) es obligatoria la indicación del objeto del negocio de la escritura propuesta; y es facultativa si no hubiera habido minuta. Toda vez que anteriormente en el supuesto de legitimación sin minuta era suficiente la indicación “legitimación” (“Beglaubigung”), deben completarse los programas notariales, que sirven de soporte para las legitimaciones de firmas y para la llevanza/gestión del índice de escrituras, cuando menos con el texto “sin minuta” (“ohne Entwurf”) o su correspondiente abreviatura “O.E.” Respecto a la indicación del objeto hay una remisión a la anotación cifra IV “1. Protocolo” (“Urkundensammlung”).

4. Índice/relación de contratos sucesorios.

El índice de contratos sucesorios, que hasta ahora estaba regulado dentro del parágrafo 16 de la anterior versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, corresponde, de acuerdo con su real contenido, a los libros e índices, especialmente al índice de escrituras. Ahora las normas referentes al índice de contratos sucesorios se incluyen en una rúbrica separada e inmediatamente a continuación del índice de escrituras. Según el parágrafo 4, apartado 1, inciso 2, de la nueva versión, las anotaciones deben ser hechas lo más pronto posible, a lo más tardar catorce días después de la escrituración. De esta manera la fecha de anotación en el índice de contratos sucesorios se corresponderá con la fecha de anotación en el protocolo.

La nota (“Vermerk”) de entrega (a la autoridad judicial) de un contrato sucesorio custodiado por el Notario en virtud del posible depósito voluntario a instancia de los otorgantes, no puede practicarse utilizando los sistemas electrónicos, ya que de esta forma se afectarían folios cerrados. La anotación debe ser hecha a mano.

5. Libros de depósitos, libros de imposiciones y disposiciones de depósitos (“Massenbuch”) y relación/lista de cuentas de depósitos de clientes en efectivo (“Anderkontenliste”).

Las anotaciones en el libro de depósitos y en el de imposiciones y disposiciones deben efectuarse, como hasta ahora, el mismo día de la entrada o salida. En caso de pagos no en efectivo (cheques, pagarés...) como hasta ahora, las anotaciones deben efectuarse, de acuerdo con el principio de la llamada contabilización con fecha exacta (“taggenauen Buchung”), el día de entrada del extracto de la cuenta. Desde hace tiempo se discute, y se ha resuelto de diferente manera en la práctica, la cuestión de la fecha en que debe practicarse la anotación. Ha habido propuestas que preferían la fecha de la anotación/contabilización en el libro en lugar de la de entrada en el extracto de la cuenta, con el fin de evitar el problema de los extractos anticipados de cuentas o de resultados casuales. También hubo la propuesta que permitía optar entre ambas posibilidades. De conformidad con la práctica mayoritaria y con el fin de conseguir una regulación uniforme y clara, desde ahora deben efectuarse las anotaciones con la fecha de entrada según el extracto de la cuenta o, en su caso, de la comunicación respecto del abono de intereses o liquidación de gastos, es decir, la fecha en que se contabilizan al Notario. La expresión “a lo más tardar” del parágrafo 13, apartado 1, inciso 2, de la anterior versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, que confería la posibilidad de una interpretación más flexible en el aspecto temporal, ha sido eliminada. Las anotaciones, por tanto, deben practicarse exactamente el día de la recepción/entrada del extracto de la cuenta y bajo la fecha de entrada del mismo. Por ello, en los extractos de cuenta debe constar la fecha de entrada. Esto es aplicable también para los supuestos en que el abono de intereses o liquidaciones de gastos se realice tras el cambio de año. Los asientos/anotaciones se practicarán en el libro de depósitos correspondiente al nuevo año.

Los cambios de contabilizaciones entre una cuenta corriente a la vista de depósito y una cuenta a plazo fijo de depósito abiertas para el mismo depósito no se contabilizarán ni como entrada ni como salida. Se trata de simples cambios de contabilidad. Mediante una simple nota en el libro de imposiciones y disposiciones del depósito (“Massenbuch”) quedan reflejados (parágrafo 10, apartado 2, inciso 3, de la nueva versión). También es novedad la constancia del número de la cuenta a plazo fijo de depósito en el índice/relación de cuentas de clientes y en el libro de imposiciones y disposiciones de depósitos. Para estas anotaciones, y toda vez que el reparto del dinero en dos cuentas debe poder ser realizado mediante técnicas computarizadas, por ejemplo, mediante comparación de los sal-

dos con el extracto pertinente de las cuentas, debe posibilitarse la entrada de los cambios de contabilización en el programa notarial. Este procedimiento no debe tener influencia alguna en la contabilidad del libro de depósito y del libro de imposiciones y disposiciones de los mismos, si bien puede posibilitar una nota aclaratoria en el fichero de éstas (imposiciones y disposiciones, "Massenkarteiblatt"), en el cual figurará también el número de la cuenta de depósitos a plazo fijo.

Con la inclusión de una regulación especial para cheques en el párrafo 10, apartado 4, de la nueva versión, se aclara que el pago mediante cheque no es un supuesto de pago en efectivo. Los cheques deben anotarse con la fecha de recepción por el Notario; en el supuesto de que un cheque utilizado como medio de pago resultase devuelto por falta de fondos se anotará como salida. En el programa electrónico de tratamiento de datos hay que tener en cuenta que este hecho debe ser documentado como un contraasiento comercial y no como una rectificación de asiento.

Los asientos de rectificación ("Berichtigungsbuchungen") se efectúan mediante una contrapartida de signo negativo en la columna (imposiciones o disposiciones) en la cual se practicó la contabilización incorrecta. Un contraasiento comercial en las rectificaciones es improcedente, por cuanto la rectificación no es ni una imposición ni una disposición. Lo dicho es de aplicación para los asientos de rectificación (contrapartidas de anulación) del banco donde figura abierta la cuenta. A la vista de estos asientos de rectificación el programa notarial debe posibilitar tal contraasiento de signo negativo. Para una contabilización de rectificación, por la cual se elimina un error causado por el Notario (su despacho), hay que practicar una nota/anotación que debe firmar el Notario, tal y como se ha explicado en el precedente apartado III.2. Una nota de este tipo podría prepararse mediante el programa y anotarse en el libro de depósitos o de imposiciones o disposiciones de los mismos.

En el libro de depósitos se debe llevar a cabo la liquidación matemática/aritmética de cada página una vez que ésta se ha completado y no en el momento de la liquidación anual (párrafo 11, apartado 3, frase 1, de la nueva versión). Para el libro de imposiciones y disposiciones se ha impuesto con la reforma la liquidación anual, la cual hasta ahora solamente se establecía para el libro de depósitos. De acuerdo con el párrafo 1, apartado 4, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, al final de cada año natural debe constatarse el saldo de cada depósito no liquidado y el saldo total debe trasladarse, como asiento de cierre, al libro de depósitos y firmarse. Con este sistema de traslado de saldos en ambos libros se facilita la inspección de la liquidación anual. Como han aseverado los inspectores, la liquidación aritmética de cada

página y su traslado a la siguiente, prevista en los modelos de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial, no se puede llevar a cabo con algunos programas notariales. Lo mismo se constató respecto de la obligación de trasladar el saldo de un año natural al nuevo libro de depósitos y de imposiciones y disposiciones, contenida en el párrafo 13, apartado 1, de la versión antigua, ahora párrafo 11, apartado 5, de la nueva.

Esta nueva obligación creada en el párrafo 12, apartado 4, de la nueva versión –constatación de la suma de los saldos en el libro de depósitos y traslado del saldo final al (nuevo) libro de depósitos– estaba prevista desde hace tiempo en Renania del Norte-Westfalia, si bien con otro texto. Dado que la nueva normativa no supone ninguna modificación sustantiva de la hasta ahora forma de llevanza de libros de aquel “Land”, deben trasladarse los diferentes saldos de imposiciones y disposiciones en el libro de depósitos que se cierra, allí hallar la suma total y luego hacer su confrontación. Las partes de programas desarrollados al respecto en algunos de los utilizados en Renania del Norte-Westfalia pueden continuar empleándose. Para los demás debería elaborarse un nuevo programa.

Según el párrafo 2, apartado 2, de la versión actual debe practicarse una nueva partida (“Masse”, activo/pasivo) con el número correspondiente del año en curso. La numeración correlativa durante todo el ejercicio profesional del Notario de las hojas del fichero donde se anotan las diferentes partidas y que formaban el libro de imposiciones y disposiciones de los depósitos (libro de hojas sueltas), ha sido eliminada (párrafo 14, apartado 2, inciso 2, de la nueva versión). El modelo 6 ha sido modificado en este sentido. De conformidad con el repetido párrafo 14, apartado 2, inciso 2, de la nueva versión, las hojas del fichero deben estar provistas con números, así la página primera con el número 1, como aparece en el modelo 6. Esto no estaba previsto en el hasta ahora modelo oficial. Los programas deben ser adaptados en consecuencia.

La regulación expresa de la posibilidad de llevar el índice de cuentas de depósitos también en forma de fichero no ha sido tomada en consideración, lo que no implica un cambio de orientación.

La identificación de liquidación de una partida concreta (“Masse”) en el libro de imposiciones y disposiciones y en la relación de cuentas de depósito de clientes, puede marcarse en rojo o de cualquier otra forma clara, tal como subrayando o tachando o estampando una nota de liquidación con la indicación, por ejemplo, de “saldo final”. De esta manera queda facilitada especialmente la llevanza de libros por sistema electrónico, ya que medidas de este tipo pueden ser conectadas técnicamente con la liquidación de la partida de que se trate.

6. Índice de nombres/interesados.

Se aclara que el objeto del índice de nombres no es otro que el de facilitar el hallazgo de las anotaciones. Al igual que hasta ahora no se ha prescrito si este índice debe llevarse como anexo o por separado. Tampoco se hace ninguna indicación respecto a la forma de su llevanza. Queda claro que sigue siendo posible llevar índices conjuntos de nombres para el índice de escrituras (“Urkundenrolle”) y el de imposiciones y disposiciones de depósitos (“Massenbuch”).

Las anotaciones/inscripciones deben practicarse lo más pronto posible, a lo más tardar al cierre de cada trimestre (parágrafo 13, apartado 2, de la nueva versión). Los datos precisos para estas anotaciones en el índice de nombres están armonizados con el del índice de escrituras, por remisión (parágrafo 13, apartado 3, en conexión con el parágrafo 8, apartado 4 de la nueva versión).

En el índice de nombres del libro de imposiciones y disposiciones de depósitos deben anotarse los mandantes/ordenantes (parágrafo 13, apartado 4, primera media frase de la nueva versión). Para los nombres relacionados con la celebración de un negocio jurídico, v. gr. una compraventa, solamente deben inscribirse/anotarse/apuntarse los partícipes en él (parágrafo 13, apartado 4, segunda media frase, de la nueva versión). Estos son, por tanto, únicamente los otorgantes de la escritura (partes en el negocio), no sus representantes ni tampoco las entidades de crédito que les apoyen/que estén detrás de ellos. Los ordenantes/mandantes que deben ser inscritos en el índice de nombres pueden ser tomados del programa relativo a la comparecencia/encabezamiento de escrituras y trasladados al índice de nombres del libro de imposiciones y disposiciones de depósitos y al expediente abierto electrónicamente para otras anotaciones, como, por ejemplo, hojas/cartas/escritos de liquidación (“Abrechnungsschreiben”).

Para decidir si en lugar de llevar un índice de nombres como índice anual se puede optar por un índice conjunto comprensivo de varios años, no hay que olvidar que la expresión trimestralmente (parágrafo 17, apartado 1, inciso 1 en relación con el parágrafo 13, apartado 2 de la nueva versión), por ejemplo para el caso de inspección, hace referencia al año en curso. Esto supondría que, en el supuesto de un índice de nombres comprensivo de varios años, las inscripciones de los nombres de todos los años deben haberse practicado en ese tiempo, por cuanto las modificaciones deben estar ordenadas alfabéticamente en el índice conjunto de nombres. Es inadmisibles omitir la impresión del índice de nombres en evitación del alud de papeles. Es recomendable, por tanto, prever en el programa electrónico notarial un índice anual de nombres.

7. Llevanza de los libros con el sistema de hojas sueltas.

Las hojas sueltas del índice de escrituras y del libro de depósitos ya no deben –como establecía el parágrafo 14, apartado 1, inciso 5, de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento Notarial– ser cosidas inmediatamente con cordón y sello y fuertemente atadas/unidas, sino que únicamente deben formar cuadernillos y sellarse. Con ello sobra la anterior intervención de encuadernadores y se facilita la utilización de nuevos desarrollos técnicos y también la llevanza automática/informática de libros. Adicionalmente al número de la partida/depósito (“Masse”) deben numerarse las páginas de las hojas del fichero (“Karteiblätter”), de acuerdo con el parágrafo 14, apartado 2, inciso 3 de la nueva versión.

8. Documentación para la observancia de las prohibiciones de intervención (“Mitwirkungsverboten”; incompatibilidades).

La nueva versión de la Ordenanza/Reglamento contiene por primera vez una regulación expresa sobre la documentación para la observancia de las prohibiciones de intervención. La regulación fundamental de lo antedicho está contenida en el parágrafo 15, inciso 1 de la nueva versión, que establece las normas que deben cumplirse, en el sentido de requisitos mínimos, las precauciones que deben adoptarse para dicha observancia por causa de ocupaciones anteriores (“Vorbefassung”) (parágrafo 3, apartado 1, n.^{os} 7 y 8, primera alternativa, apartado 2 de la Ley del Instrumento Público) y para respetar/cumplir las prescripciones del parágrafo 28 del Estatuto Federal del Notariado (imparcialidad) y de las directrices vigentes en su caso. Por ello, debe conocerse indubitadamente al menos la identidad de las personas para las cuales el Notario o su asociado hayan actuado o actúen fuera de su profesión (actividad oficial) o a quienes hayan representado. Además, hay que indicar el objeto de la actividad de forma suficiente para su identificación.

De acuerdo con el parágrafo 15, inciso 2, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento estos datos deben posibilitar una comparación con el Libro Índice de escrituras y el de otorgantes con vistas a la observancia de las prohibiciones de intervención, o sea, que, al igual que en el Libro Índice de escrituras, según el parágrafo 8, apartado 4, inciso 2, de la nueva versión, deben consignarse el apellido, en caso de cambio del apellido también el de nacimiento, el domicilio o sede, y en caso de apellidos corrientes otros datos distintivos. Además, en caso de representaciones, deben indicarse los representantes así como los representados, en aplicación de lo prevenido en el parágrafo 8, apartado 4, inciso 4, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento.

Estas medidas precautorias ex párrafo 15 de la nueva versión, no son exigibles cuando el Notario ya ha adoptado otras que las cumplan como consecuencia de la observancia de otras regulaciones legales (párrafo 15, inciso 3, de la nueva versión). De este modo, se está haciendo referencia especialmente a los Registros que deben llevar, de acuerdo con el párrafo 45 de la Ordenanza Federal de la Abogacía, los Notarios-Abogados para la comprobación de sus incompatibilidades profesionales. No es necesaria una adaptación del programa informático notarial en este supuesto, por cuanto una relación de mandantes de este tipo está ya incluida en el “software” de los abogados. No podrá exigirse una documentación “a posteriori”/retroactiva de los expedientes ya finalizados.

Sobre la documentación prevenida para la observancia de las prohibiciones de intervención se plantea la duda, que debe ser aclarada, respecto de la competencia de la Ordenanza/Reglamento para su regulación como normativa administrativa uniforme de alcance federal. El apoyo legal lo encontramos en el párrafo 28 del Estatuto Federal del Notariado, según el cual el Notario debe garantizar, mediante precauciones idóneas, la protección de su independencia e imparcialidad en su ejercicio profesional, especialmente la observancia de las prohibiciones de intervención. Adicionalmente el párrafo 67, apartado 2, inciso 3, n.º 6 del propio Estatuto Federal del Notariado determina la competencia de los Colegios Notariales para dictar las instrucciones para la regulación sobre la forma de las precauciones a adoptar de acuerdo con el mentado párrafo 28. Este margen de regulación de los Colegios Notariales se cumple con las instrucciones que se dictan siguiendo las líneas maestras del Consejo General del Notariado (literalmente “Cámara Federal de Notarios”), en las que se impone a los Notarios, para la observancia del repetido párrafo 28, la obligación de llevar índices de los intervinientes (de las partes) u otras documentaciones que posibiliten una identificación de las personas pertinentes. Esta formulación de instrucciones por parte del Consejo General del Notariado encuentra su razón de ser en el párrafo 28, donde se hace especial referencia a la llevanza de un índice de partes intervinientes.

En base a este sistema legal se plantea la pregunta de la competencia de la Ordenanza/Reglamento para su regulación. El ámbito para el establecimiento de esta normativa en la Ordenanza/Reglamento como norma administrativa sólo puede ser reconocido si las obligaciones profesionales de los Notarios pueden ser definidas (concretadas) bien por el Estatuto Federal o bien por las instrucciones (“Richtlinien”). Las disposiciones de la Ordenanza/Reglamento no servirían para este fin, aun cuando el Estatuto Federal o las instrucciones de los Colegios Notariales, intencionadamente estrecharan o eliminaran el ámbito de decisión. En tanto en cuan-

to las instrucciones de los Colegios Notariales exijan, por ejemplo, sólo una documentación que facilite la identificación de las personas, se suscitan dudas técnicas legales cuando la Ordenanza/Reglamento imponga, además, como exigencia mínima acumulativa la obligación de indicar el objeto del negocio. Se llegaría a otra conclusión únicamente cuando se calificara tal limitación a la indicación de los comparecientes en las instrucciones sin indicación del objeto del negocio como no idóneo en el sentido del párrafo 28 del Estatuto Federal del Notariado y, por ello, como inválida o no permisible. La indicación del objeto del negocio es prácticamente útil y recomendable para la comprobación de las prohibiciones de intervención y control personal del Notario. Sobre si la falta de este requisito dejaría sin efecto una instrucción, no parece factible dado el ámbito de actuación que el legislador ha concedido a los órganos directivos (“Richtliniengeber”, dictadores de instrucciones). En todo caso la Administración de Justicia de cada “Land” debe comprobar el alcance de sus propias normas directivas y su compatibilidad con la Ordenanza/Reglamento y velar por esa compatibilidad en caso de modificación de las directrices, extremo sobre el cual ha advertido expresamente al Ministerio de Justicia de la Baja Sajonia en la presentación de la nueva versión.

9. Libro registro de honorarios/minutas (“Kostenregister”).

El párrafo 16 de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento contiene únicamente una remisión al libro registro de honorarios que debe llevarse en la zona de la Caja Notarial de Munich y de la Caja Notarial de los “Länder” con sede en Leipzig. Todas las demás regulaciones detalladas quedan reservadas a las disposiciones de las indicadas Cajas sobre aportaciones.

10. Llevanza automatizada de libros e índices.

Por primera vez se incluyen en la Ordenanza/Reglamento normas comunes para todos los libros e índices que deben llevarse apoyados en el sistema de tratamiento electrónico de datos. Con ello se facilita la gestión de libros encuadernados en soporte papel. El párrafo 17, apartado 1, inciso 1, de la nueva versión comienza por determinar la fecha de la introducción y de la impresión. Para la llevanza automatizada de los libros se debe proceder a la introducción en la memoria de los datos y su impresión en el mismo día en que se debería efectuar la introducción en el supuesto de llevanza tradicional. Para ello se debe hacer referencia a los nuevos plazos singulares de la introducción en el caso de la llevanza/gestión tradicional. De esta nueva regulación resulta que no es la introduc-

ción en la memoria de datos sino su impresión lo que equivale a la confección de los libros según el sistema anterior. Introducción e impresión no deben efectuarse al mismo tiempo. Sería posible, por ejemplo, llevar a cabo la introducción en el libro índice de escrituras inmediatamente e imprimir dicho libro índice semanalmente o cada dos semanas.

En tanto en cuanto se produzcan repeticiones de anteriores asientos, éstos deben ser destruidos de conformidad con lo prevenido en el parágrafo 17, apartado 1, inciso segundo de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento. De esta manera deben ser destruidos obligatoriamente los llamados “asientos interinos” (“Zwischenausdrucke”), los cuales se repiten por medio de asientos posteriores. Se aclara, asimismo, que en cada caso las páginas completamente escritas o bien la última página cerrada integran el libro o el índice (parágrafo 17, apartado 1, inciso 2 de la nueva versión) y como tal deben ser consideradas. Para las modificaciones en caso de llevanza automatizada de libros son aplicables, generalmente, las mismas prescripciones relativas a la gestión tradicional/precedente. No obstante, no es preciso fechar ni firmar la anotación/nota (“Vermerk”) en cada asiento interino/intermedio, sino en la impresión de la página completamente escrita o cerrada (parágrafo 17, apartado 2, inciso segundo, de la nueva versión).

Del examen conjunto de la regulación del sistema automatizado de llevanza de libros resulta que una página totalmente escrita e impresa y, por ello, destinada a ser la página de uno de los libros, no puede ser reemplazada por una nueva impresión. Una impresión repetida con un suplemento/apéndice en una página, según el parágrafo 17, apartado 2 de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento, respecto de la cual ya se hubiera producido una corrección previa firmada, contendría bien datos distintos de la firma, en contradicción al parágrafo 17, apartado 1, de la nueva versión, o una fecha unificada, lo cual no sería válido para la primera anotación de rectificación y, por lo tanto, inadmisibles. Por lo demás, sirven las páginas depositadas de la documentación, de tal forma que también desde este punto de vista es inadmisibles su cambio con independencia de si en esta página se encuentra una anotación suscrita o no.

La anotación correspondiente a practicar en la columna cinco del índice de escrituras, relativa a escrituras rectificadas, modificadas, complementadas o canceladas, únicamente puede llevarse a cabo, con apoyo del sistema actual para el nuevo número de las escrituras, en base a la prohibición antes descrita de obtener de la impresora nuevas páginas completas. Una inscripción/apunte en la “escritura antigua” (“Alturkunde”) es únicamente posible, con el sistema nuevo de protección, si esa inscripción se encontrara en las últimas páginas no impresas (plazo de catorce días) o bien en la última aún no completada. La anotación en la “escritura

antigua” debe hacerse, por tanto, como regla general a mano. Igualmente deben ser efectuadas a mano las rectificaciones y sus correspondientes anotaciones, cuando éstas no han sido inscritas, como complementos/añadidos, en la última página. Respecto de estas medidas puede ser informado el empleado encargado del programa de ordenador.

IV. Llevanza/gestión de la documentación (“Akten”)

1. Protocolo de escrituras.

A la regulación de la llevanza de documentos se antepone el protocolo de escrituras, como la documentación más importante de la Notaría. La normativa contenida en el párrafo 19, apartado 1, inciso 2, de la antigua Ordenanza/Reglamento, relativa a la custodia/archivo de escrituras en carpetas, clasificadores o archivadores, ha sido tachada como innecesaria.

De acuerdo con la nueva versión del párrafo 18, apartado 4, en el supuesto de custodia notarial de los contratos sucesorios puede incorporarse al protocolo en lugar de un testimonio (“Vermerkblatt”) una copia autorizada. Dado que en todo caso al ocurrir el fallecimiento debe remitirse al juzgado una copia autorizada parece adecuado/útil expedir esta copia desde el inicio de la tramitación. Por añadidura se consigue una mejor protección en caso de pérdida, deterioro o destrucción. Contra esta propuesta se presentaron, no obstante, por los representantes de los encargados de protección de datos de los “Länder” reparos sobre la base del principio de ahorro/economía de datos. En base a estos reparos se ha incluido en el párrafo 18, apartado 4, inciso 2, media frase 2.^a, de la nueva versión, el requisito del depósito de la copia en sobre cerrado. Depósito cerrado que no será necesario si las partes prestan su conformidad, por escrito, a un depósito abierto. Esta conformidad puede hacerse constar directamente en la escritura.

2. Escrituras cuyas matrices no deben ser depositadas/custodiadas notarialmente.

Para las escrituras cuyas matrices no deben ser depositadas (custodiadas) notarialmente y que no sean disposiciones “mortis causa”, v. gr. legitimaciones de firmas y otros certificados sencillos (“einfachen Zeugnissen”), se posibilita ahora que en lugar de un testimonio (“Vermerkblatt”) se protocolice/se incorpore al protocolo, optativamente, una copia (párrafo 1.º, apartado 2, de la nueva versión). Las copias que no se

expiden para el tráfico sino para uso interno de la Notaría, deben ser legalizadas solamente cuando así proceda de acuerdo con otras normas. El testimonio (“Vermerkblatt”) exige, a diferencia de la anterior regulación, la expresión del supuesto de hecho y también firma del Notario. Cuando el programa notarial cubra una legitimación de firma con la elaboración de un testimonio debe ser ampliado en este sentido. La elaboración/redacción del testimonio (hoja de anotación) debe hacerse únicamente a petición del consumidor (interesado), ya que la inclusión de una copia en el protocolo se presenta como la solución más simple y también más recomendable, recomendándose su sustitución por un testimonio (hoja de anotación) en caso de legalización de un texto amplio y de muchas páginas.

3. Disposiciones “mortis causa”.

El párrafo 20, apartado 1, inciso 1, de la nueva versión de la Ordenanza/Reglamento amplía, adaptándose a la práctica, los requisitos del testimonio (“Vermerkblatt”), incluyendo el lugar de nacimiento con el prefijo postal, así como la indicación de cuándo y en qué Juzgado se ha depositado el acto de última voluntad. El programa de tratamiento electrónico debe adaptarse en este sentido. La indicación de la profesión prevista hasta ahora es sustituida por la expresión de la fecha de nacimiento que es más adecuada para la identificación. El testimonio debe ser firmado por el Notario. Paralelamente a la nueva regulación sobre la custodia/depósito de los contratos sucesorios hay que incluir en el protocolo las copias de las disposiciones mortis causa, ex párrafo 20, apartado 1, inciso 1, de la nueva versión; normalmente en sobre cerrado, salvo que los interesados se hayan mostrado conformes, por escrito, con el depósito abierto.

El párrafo 20, apartado 1, inciso 2, de dicha nueva versión, ampliando la regulación precedente, determina que, juntamente con la escritura, debe depositarse una copia del escrito de notificación (al Juzgado). Esto también es de aplicación cuando el índice de contratos sucesorios se formalice mediante la colección/recopilación de copias de los escritos de notificación (párrafo 9, apartado 2, de la nueva versión). Con ello se trata de prevenir el error, constatado con frecuencia en la práctica, de que se hubiese formalizado el testimonio sobre la anotación –expedido según el párrafo 16, apartado 2, inciso 1, de la antigua versión–, pero no se hubiese verificado la notificación. Se prescinde, por lo tanto, de una anotación adicional en la propia escritura.

En el párrafo 20, apartado 4, inciso 1, de la nueva versión se regula la tramitación/procedimiento a seguir en el caso de contratos sucesorios

que se encuentren depositados ante Notario hace más de cincuenta años, de conformidad con el parágrafo 16, apartado 1, inciso final, de la antigua versión. El antedicho parágrafo 20, apartado 4, inciso 1, de la nueva versión, aclara que el Notario debe comprobar el índice de contratos sucesorios o el archivo de las notificaciones al final del año y confirmar la comprobación y su resultado mediante una anotación firmada por él. Se hacía preciso una regulación específica sobre una cuestión: dentro de qué periodos debería tener lugar una nueva comprobación cuando las entregas/depositos no se hubieren efectuado de acuerdo con el inciso 1. En el inciso 3, del apartado 4, del parágrafo 20, de la nueva versión, encontramos la respuesta: cada cinco años.

4. Expedientes/documentación adicional/complementaria no protocolizables (“Nebenakten”) y expedientes/documentación general (“Generalakten”).

El parágrafo 22, apartado 2, inciso 1, de la nueva versión, aclara que para los asuntos/operaciones de escrituras (“Urkundsgeschäft”) y los asuntos/operaciones de custodia/deposito (“Verwahrungsgeschäft”) deben llevarse archivos distintos, en su caso. Además, en la regulación de la documentación adicional se toma en consideración la nueva normativa sobre custodia establecida en el parágrafo 54 de la Ley del Instrumento Público. Por esta razón, hay que incluir en el archivo no solamente todas las solicitudes de custodia e instrucciones, bien en original o en copia, sino también los encargos fiduciarios e instrucciones de deposito hechos al Notario relacionados con la ejecución del negocio subyacente que sirve de base al deposito (parágrafo 54 a, apartado 6, de la Ley del Instrumento Público).

Las prescripciones relativas a los expedientes/documentación general han sido revisadas fundamentalmente y el parágrafo 23, apartado 1, de la nueva versión, contiene una detallada regulación sobre el contenido/fondo y su apartado 2 sobre la forma de llevanza de los expedientes. En el parágrafo 23, apartado 1, inciso 1, comienza por establecerse que deben llevarse expedientes generales para todos los asuntos relacionados con la gestión profesional en general. Como ejemplo se menciona luego el contenido de dichos expedientes generales, tales como la correspondencia con las autoridades de inspección, con el Colegio Notarial y con el encargado de la protección de datos; originales o fotocopias de los antecedentes/datos del seguro profesional obligatorio; así como los originales sobre sus relaciones laborales con el personal del artículo 26 del Estatuto Federal del Notariado. Respecto de la forma de cómo llevar los expedientes es novedad que la documentación general debe ser ordenada bien

según materias o con números correlativos por hojas y un índice de su contenido. Índice de contenido que puede llevarse a mano continuadamente y almacenado en base al tratamiento de textos.

V. Resumen de operaciones y resumen de depósitos

La regulación de los resúmenes de operaciones y de depósitos abarca obligaciones de información frente a las autoridades de inspección y, por ello, se incluyen en un capítulo nuevo e independiente. El plazo de entrega para ambos resúmenes/relaciones es ahora uniforme: el 15 de febrero. En lo demás permanece sin alteraciones la regulación de los párrafos 23 y 24 de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento, salvo algunas modificaciones de redacción.

En el resumen de depósitos deben incluirse los datos de las entradas incluidas en los extractos de la cuenta de clientes recibidos antes del fin de año, por cuanto solamente éstas pueden ser contabilizadas en el año cerrado. Esto se amplía, asimismo, cuando las certificaciones sobre abonos de intereses o gastos por la gestión de la cuenta son recibidas en la Notaría después del cambio de año. El saldo anual de la cuenta, por tanto, no refleja el estado real de la cuenta al cierre del año, sino únicamente el estado del que ha tenido conocimiento el Notario a dicha fecha de fin de año en base a los extractos recibidos hasta ese momento.

VI. Tramitación/liquidación de los asuntos escriturados y de los depósitos

1. Determinación e individualización de los interesados/partes en la escrituración/otorgamiento.

Las reglas sobre la comprobación de los documentos de identidad y sobre los testigos de conocimiento, contenidas en el párrafo 25, apartado 1, incisos 2 y 3, de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento, no han sido recogidas al estimarse como suficiente la regulación legal del párrafo 10 de la Ley del Instrumento Público. No obstante, el párrafo 26, apartado 1, inciso 2, de la nueva versión previene ahora, en base a la necesaria protección de datos, que la legitimación de una fotocopia de un documento de identidad exhibido (traducimos, de esta manera, libremente el término “Anfertigung”, que literalmente es confección/fabricación), únicamente es factible cuando conste el consentimiento por escrito del titular del documento. El párrafo 26, apartado 2, inciso 2, de la nueva versión, complementa los datos para la individualización de

las personas físicas con el nombre/apellido y la fecha de nacimiento. El apellido de soltero/de nacimiento debe facilitarse cuando el usado en el momento del otorgamiento sea distinto. Los datos personales almacenados en el ordenador (ficheros electrónicos) deben, por ello, contener completas estas informaciones para así facilitar una formalización electrónicamente protegida de la comparecencia/encabezamiento de las escrituras.

Además, ha sido incluida, asimismo, una regulación especial para la protección de personas en peligro/amenazadas. En estos casos debe prescindirse del dato del domicilio si ello fuere necesario, en casos excepcionales, para la protección del interesado amenazado.

2. Depósitos.

Una esencial nueva regulación contiene el párrafo 27, apartado 2, referente a la declaración obligatoria de las condiciones de las cuentas de depósitos de los clientes. Mientras hasta ahora, de conformidad con lo prevenido en el párrafo 12, apartado 2, de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento, debían abrirse las cuentas notariales de depósito según las condiciones establecidas por la Banca (Banco Federal de Alemania) para cuentas y depósitos de clientes de los Notarios, la nueva versión se remite a las condiciones acordadas por la asamblea de representantes del Consejo General del Notariado, las cuales serán de obligado cumplimiento para los Notarios en el futuro. De este modo puede utilizarse, con mayor rigor, la experiencia profesional para la elaboración de las condiciones de las cuentas de depósito y ser incluidas directamente en su redacción. Asimismo, puede, en interés de la profesión, intentar reducirse los supuestos de daños y perjuicios y, en su caso, tomar en consideración otros problemas profesionales. La remisión a un acuerdo final de la asamblea de representantes del Consejo General del Notariado facilita alcanzar, con la participación de todos los Colegios Notariales como hasta ahora, una regulación federal uniforme.

El párrafo 27, apartado 2, inciso 2, de la nueva versión, aclara, además, que no es admisible la gestión de una cuenta notarial de depósito mediante el sistema de transmisión de datos a distancia, por cuanto no se consideran satisfactorios todavía los procesos de cifrado actualmente existentes para la transferencia de datos o bien no se han puesto por los bancos a disposición los procesos suficientemente seguros.

Sigue siendo necesaria la confirmación por escrito de la Entidad de Crédito encargada de llevar a cabo la transferencia. Sobre la necesidad de que la confirmación de ejecución revista la forma escrita ya se discutió ampliamente antes de la redacción de la nueva versión de la Ordenan-

za/Reglamento. Especialmente se mantenía la opinión de que también un extracto de cuenta no manualmente firmado cumplía los requisitos del párrafo 63, apartado 4, inciso 2, de la antigua versión. Se oponía ya a esta postura el término empleado, que expresamente impone la confirmación “escrita”. La forma escrita exige, según el párrafo 126 del C.c. (B.G.B.), la firma manuscrita. También a favor del requisito de la firma ha de tomarse en consideración la experiencia/práctica, puesto que el extracto de cuenta no firmado no justifica la concordancia entre el encargo/orden de transferencia y su ejecución por el Banco, ni tampoco sirve para constatar la revocación posterior de la orden de transferencia. Únicamente la forma escrita en el sentido del párrafo 126 del C.c., garantiza que la confirmación de ejecución es imputable legalmente a la Entidad de Crédito.

La obligación de liquidación se concreta ahora con mayor detalle en el párrafo 27, apartado 4, de la nueva versión. Había que conjugar de una parte los legítimos intereses de los mandantes para la comprobación del cumplimiento de sus órdenes de pago, con la necesidad de preservar el derecho a la protección de datos, de otra. A partir de ahora, y por estas razones, debe entregarse al mandante después de la gestión de su depósito (“Masse”, literalmente masa). Una liquidación referida únicamente a su encargo personal. Respecto de las Entidades de Crédito queda limitada la obligación de facilitar una liquidación en el sentido de que, tratándose de la ejecución de contratos de compra de inmuebles o negocios jurídicos similares, solamente deben ser entregadas a petición expresa. Dado que por regla general se produce el depósito para la ejecución de un negocio jurídico escriturado, deben ser informadas las partes interesadas en su otorgamiento, las que, de conformidad con el párrafo 13, apartado 4, de la nueva versión, deben constar como mandantes/ordenantes en el Índice de nombres del Libro de imposiciones y disposiciones de depósitos (“Massenbuch”). Este círculo de personas se puede anotar, por lo tanto, a través del programa electrónico para el procesamiento de datos del depósito de que se trata.

VII. Confección/formalización de escrituras notariales

1. Confección de matrices, copias auténticas (“Ausfertigungen”) y copias/fotocopias legitimadas/legalizadas (“Beglaubigten Abschriften”).

El párrafo 29 de la nueva versión engloba las prescripciones hasta ahora vigentes, de los párrafos 26 a 28 de la anterior. El uso de sellos/sellos notariales (“Stempeln”) se permite también para testimonios/anota-

ciones de legitimación/legalización de fotocopias (“Abschriften”) y de copias auténticas.

Novedad es la regulación del párrafo 29, apartado 4, de la nueva versión. Según ella las minutas (“Vordrucke”) que por uno de los interesados se ponen a disposición del Notario deben cumplir los requisitos que establece la Ordenanza/Reglamento para la confección de matrices. En especial las minutas no deben contener señales individualizadoras que identifiquen a su autor, tales como nombre, logo, sello en seco o similares.

Legitimaciones sin minuta/propuesta (“ohne Entwurf”) quedan exceptuadas expresamente de esta nueva regulación. Dicha nueva regulación toma en consideración especialmente el uso cada vez más frecuente de minutas/borradores de las Instituciones de Crédito, las cuales se ponen a disposición de los Notarios en relación con la concesión de créditos para la compra de inmuebles. Los impresos utilizados suelen ser de forma multicolor que excede/incumple las normas que sobre color establece la Ordenanza/Reglamento. Al mismo tiempo implica una cierta presión real que se ejerce sobre el Notario para que utilice estos modelos, formalizados desde un punto de vista de “marketing”. En el supuesto de utilizarse estos impresos existe el riesgo de que, por su apariencia exterior, se despierte la impresión de la existencia de una relación entre el Notario y la Entidad de Crédito, lo que podría cuestionar la posición del Notario como profesional independiente que ejerce un cargo público.

2. Encuadernación y sellado de escrituras.

El párrafo 30 referente a la encuadernación de escrituras se corresponde con el 29 de la versión antigua. El párrafo 31 contiene, por primera vez, prescripciones más precisas para el sellado de las mismas. La razón de esta nueva regulación la encontramos en las nuevas técnicas de sellado existentes en el mercado, especialmente los sistemas de sellos auto-adhesivos que sustituyen a la tradicional oblea de harina (“Mehloblate”). Entre las Administraciones de Justicia de los “Länder”, en base a experiencias anteriores, existe el acuerdo de que tales sistemas nuevos de sellado no pueden ser equiparados sin dudas a los tradicionales y, por lo tanto, son actualmente inadmisibles. Para aclarar el reconocimiento de estos nuevos sistemas de sellado se considera imprescindible un proceso de certificación. En una reunión de trabajo de la Administración de Justicia de Baja Sajonia y Renania del Norte-Westfalia, de la Fundación Técnica del papel (“Papiertechnischen Stiftung”) y el Consejo General del Notariado, se concretaron con más detalles los requisitos para el desarrollo del proceso de certificación. Sobre la base de este

resultado se aclarará la subsiguiente tramitación de ese proceso de certificación.

Para el reconocimiento de sistemas nuevos de sellado se exige, en todo caso, que esos sellos deben estar unidos permanentemente con el papel o con el papel y el cordón, así como debe reconocerse claramente la impresión o el troquelado y que no sea posible una eliminación del sello sin huellas visibles de su destrucción. Estos tres criterios se establecen en el párrafo 31, incisos 1 y 2, de la nueva versión. En el tercero, se precisa, además, que se da por supuesto que estos requisitos los cumplían los sellos tradicionales. Las nuevas técnicas de sellado pueden ser utilizadas conforme el párrafo 31, inciso 3.2 de la nueva versión, siempre y cuando se acredite que cumplen los requisitos con un certificado de la Fundación Técnica del papel.

VIII. Comprobación del ejercicio del cargo/de la profesión y de la administración de la Notaría y de las sustituciones del Notario

1. Comprobación del ejercicio de la profesión.

El párrafo 32 de la nueva versión contiene reglas para la comprobación del ejercicio/de la forma de ejercer la profesión, en la medida en que esta materia (párrafos 32 y 33 de la versión antigua) no ha sido trasladada a otras normas legales (párrafo 93, apartado 1-3 del Estatuto Federal del Notariado). Por ello, el párrafo 32, apartado 1, de la nueva versión prevé, como antes, un turno de comprobación cada cuatro años, pero estableciéndolo no como un plazo máximo (“Höchstfrist”), ya no deseado por el legislador, sino como un plazo fijo/regular.

2. Administración/desempeño de la Notaría y sustituciones notariales.

En la anotación/nota/testimonio (“Vermerk”) relativo al comienzo o a la finalización de la administración de la Notaría y sustitución se ha prescindido del término “inmediatamente” (“unverzüglich”) en el párrafo 34, apartado 3, primera media frase, de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento. Tampoco se exige la fecha y la firma de la nota en la nueva versión, lo que sí hacía la anterior en el párrafo 34, inciso 2. En todo caso, la nota ya no tiene efectos constitutivos, sirviendo únicamente para fines documentales. Función que puede cumplirse sin firma, si se indica claramente la fecha del comienzo o de la finalización.

La anotación/inscripción de la sustitución notarial puede constatarse a través del programa informático. Podría decir, “comienzo de una susti-

tución”, o bien “fin de la sustitución”. Esta última puede completarse con una coletilla distinta, dependiente de si el Notario asume nuevamente el ejercicio de su cargo/su Notaría o lo continúa otro sustituto: “toma de posesión del cargo por el Notario/titular” o bien “comienzo de una sustitución”. Aun cuando el sustituto no haya asumido la autorización de escrituras deben practicarse las antedichas anotaciones/inscripciones. Dado que la nota relativa a la sustitución no debe ser firmada, no es ya problemática la repetición de la impresión de la última página no escrita/rellenada en su totalidad, en tanto que sí había planteado problemas la nota de sustitución firmada en la llevanza automatizada de los libros durante la vigencia de la antigua versión de la Ordenanza/Reglamento, debido a la necesidad de reiterar la firma en los supuestos de asientos/inscripciones repetidas.

Finaliza el trabajo con unas Normas de Derecho Transitorio (IX) —que establecen una “vacatio legis” de seis meses como regla general y la entrada en vigor de la nueva normativa sobre libros e índices para el 1 de enero de 2002—; modificaciones de los modelos anexos a la Ordenanza/Reglamento (X); e informaciones adicionales para la introducción del euro (XI) —con remisión a la normativa general que establece como fecha para la desaparición del marco la del 31 de diciembre de 2001, por lo cual los libros de depósitos y de imposiciones y disposiciones deben llevarse en euros a partir del 1 de enero de 2002—. (Estos tres últimos apartados no han sido traducidos por entenderse que carecen de interés general entre nosotros).